



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2004

---

## **Legal Gender Studies. Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung**

Büchler, Andrea

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-151716>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Büchler, Andrea (2004). Legal Gender Studies. Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung. Jusletter, (05.01.2004):online.



# Legal Gender Studies

## Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung

**Autor:** Andrea Büchler

**Rechtsgebiete:** Rechtsphilosophie. Rechtstheorie. Rechtssoziologie

**Zitiervorschlag:** Andrea Büchler, Legal Gender Studies, in: Jusletter 5. Januar 2004

*Die Gender Studies sind ein verhältnismässig junger Wissenschaftszweig, die Rechtswissenschaften sind bislang nur marginal daran beteiligt. Der folgende Beitrag erörtert entlang der Achse «rechtliche Gleichstellung – faktische Chancengleichheit – rechtliche Konstruktion von Geschlecht» die Entwicklungen und das Potential der Legal Gender Studies.*

### Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Themen der Feministischen Rechtswissenschaft und der Legal Gender Studies

III. Geschlecht und Diskriminierung im und durch das Recht

IV. Hat Recht emanzipatorisches Potential?

V. Die rechtliche Gleichstellung

VI. Faktische Chancengleichheit im und durch das Recht?

1. Allgemeines

2. Konzeptionelle Blindheit liberaler Rechtstheorie und -systematik

3. Vom einheitlichen Subjekt, von Wertungen und Massstäben und die Forderung nach Äquivalenz der Lebensrealitäten

4. Die Problematik rechtlicher Neutralität und Objektivität

5. Rechtliche Ungleichheit im Dienste materieller Chancengleichheit

6. Kritik an der Geschlechterdifferenz als Ausgangspunkt rechtlicher Konzepte

VII. Rechtliche Konstruktionen von Geschlecht

VIII. Perspektiven: Von Spannungsbögen, Forschungsfeldern und vom Potential der Gender Studies im Recht

Literaturverzeichnis

## Vorwort

- [Rz 1] Die Gender Studies sind ein verhältnismässig junger Wissenschaftszweig, der aber grosses Innovationspotential aufweist. In der Schweiz steht zur Zeit die Etablierung der Gender Studies in Lehre und Forschung auf der Traktandenliste der verschiedenen Universitäten, die Universität Basel verfügt bereits über ein Zentrum Gender Studies. Damit soll Anschluss an die internationale Entwicklung gefunden werden. Für die Gender Studies kennzeichnend ist ihre transdisziplinäre Ausrichtung, womit sich die Frage stellt, welchen Platz die Rechtswissenschaften darin einnehmen und einzunehmen vermögen. In der Tat sind heute die Rechtswissenschaften ganz besonders in der Schweiz (und dies im Gegensatz beispielsweise zu den USA) nur marginal am Gender Studies-Diskurs und an der universitären Entwicklung in den Bereichen Forschung, Lehre, Nachwuchsförderung usw. beteiligt. Die Frage nach der Anschlussfähigkeit stellt sich akut. Was können die Legal Gender Studies in Forschung und Lehre leisten? Was sind ihre Kernthemen, ihre Perspektiven? Wie können und wollen sie sich innerhalb der traditionellen Rechtswissenschaften positionieren? Welche Rolle sollen sie in der universitären Ausbildung einnehmen? Wie sieht ein Ausbildungsmodul «Gender Law» überhaupt aus? Wie wird die Transdisziplinarität gewährleistet? Diese Fragen bedürfen in nächster Zukunft dringend einer Klärung.
- [Rz 2] Der folgende Beitrag kann diese Klärung nicht vornehmen, will aber die Entwicklungen der Legal Gender Studies beschreiben, einen Überblick über das in diesem Zusammenhang Diskutierte geben und Perspektiven erörtern. Es geht im Wesentlichen um eine Standortbestimmung in Kenntnis der geschichtlichen Hintergründe, der verschiedenen theoretischen Ansätze und der sich abzeichnenden Themen.

## I. Einleitung

- [Rz 3] Wenn wir die Rechtswissenschaften innerhalb der Gender Studies, der Geschlechterstudien zu positionieren versuchen, so wird – wie bereits erwähnt – schnell deutlich, dass sie darin keine führende Rolle einnehmen. Dies gilt besonders in Bezug auf die Theoriebildung, welche sonst die Gender Studies in kultur-, geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen auszeichnet. Man könnte geneigt sein zu sagen, dass die Rechtswissenschaften heute noch kaum anschlussfähig sind an die traditionell verstandenen Gender Studies. Doch ich möchte dies nicht zwingend und alleine negativ verstanden wissen. Die Entwicklung und die besonderen Merkmale der Legal Gender Studies, der rechtlichen Geschlechterstudien, lassen sich nämlich erklären, und zwar mit den Anforderungen an das Recht, mit der Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft und mit den disziplinspezifischen Konnotationen.
- [Rz 4] Folgende Merkmale sind für die Legal Gender Studies kennzeichnend: Erstens der Bezug der rechtlichen Geschlechterstudien zum Politischen: Feministische Rechtswissenschaft<sup>1</sup> und Legal Gender Studies<sup>2</sup> wurden in enger Verknüpfung mit sozialen und politischen Bewegungen entwickelt.<sup>3</sup> Das Recht hat in der geschlechterpolitischen Debatte immer eine wichtige Rolle gespielt, denn einerseits machten die rechtlichen Regelungen die gesellschaftliche Diskriminierung von Frauen sichtbar, andererseits wurde und wird das Recht als wichtiges Instrument wahrgenommen, um Fortschritte in der Gleichstellung von Frau und Mann zu erzielen. Das Recht ist in diesem Sinne auch Vehikel zur Umsetzung politischer Postulate.
- [Rz 5] Zweitens, und damit zusammenhängend, der Bezug der Legal Gender Studies zum Praktischen: Der Impuls für alle Generationen von Politikerinnen und Theoretikerinnen, sich mit dem Geschlecht im Recht zu beschäftigen, waren praktische Probleme. Das ist ein besonderes Merkmal der Legal Gender Studies: Die Unmittelbarkeit des Bezugs zum Leben von Frauen. Immer galt es entweder Rechtsnormen zu beseitigen, welche die

Lebensbedingungen von Frauen im negativen prägten oder es galt Normen zu fordern, um die Lebensbedingungen von Frauen zu verbessern oder ihren Lebenszusammenhängen Schutz zu bieten. Es waren und sind auch heute noch vor allem Anwältinnen und weniger Wissenschaftlerinnen, die das Recht in seiner praktischen Anwendung mit den Bedürfnissen von Frauen konfrontieren. Susanne Baer spricht von der feministischen Rechtswissenschaft als eine transferierende Theoriebildung, indem sie die Erfahrung als Ausgangspunkt nimmt, die Praxis in die Theorie mit einbezieht und immer wieder die Frage nach dem Nutzen für das Leben stellt.<sup>4</sup>

- [Rz 6] Die rechtswissenschaftlich orientierten Geschlechterstudien beschäftigen sich mit drei zusammenhängenden Dimensionen von Recht und Geschlecht.
- [Rz 7] Erstens widmen sie sich der Problematik der Geschlechterdiskriminierung im und durch das Recht, sie unterwerfen das geschriebene Recht und die Rechtsprechung einer geschlechter- und geschlechterverhältnisfokussierten Analyse.
- [Rz 8] Zweitens diskutieren sie seit jeher, inwiefern und welches Recht geeignet ist, gesellschaftliche Ungleichheit zwischen den Geschlechtern in all ihren Facetten zu beseitigen. Die rechtlichen Geschlechterstudien bedienen sich mithin auch desjenigen Mittels, das die Diskriminierung hervorbringt. Der jeweils geltende gesellschaftliche Konsens über Geschlecht und Geschlechterverhältnis bildet die Grenze, zwar nicht der Analyse, aber der im gesetzgeberischen Prozess diskutierbaren weil zumindest im Ansatz konsensorientierten und erfolgsversprechenden Anstösse. Dies gilt ganz besonders für die Schweiz, wo jede gesetzgeberische Initiative auf die Zustimmung der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger angewiesen ist. Diese Zielorientierung und damit Anbindung an die und Abhängigkeit von den machtpolitischen Gegebenheiten hatte und hat wesentlichen Einfluss auf Theoriebildung und Themen der Legal Gender Studies.
- [Rz 9] Drittens sind Legal Gender Studies Teil der Rechtskritik, nicht nur im Sinne einer Kritik an geltenden Normen und ihrer Anwendung, sondern im Sinne der Kritik am Rechtsdiskurs<sup>5</sup> insbesondere in der Ausprägung als Machtdiskurs. Legal Gender Studies implizieren also grundlegende Kritik am Rechtsdiskurs aus der Geschlechterperspektive.
- [Rz 10] Gerade die letzte Dimension oder Fragestellung rechtlicher Geschlechterstudien stellt den zweiten Zugang, nämlich den Einsatz des Rechts zur Überwindung realer Benachteiligungen von Frauen und zur Neuverteilung von Ressourcen in Frage. Es erscheint widersprüchlich oder zumindest ambivalent, sich dafür des Machtdiskurses «Recht» zu bedienen, desjenigen Diskurses also, der strukturell konservativ ist, der die geltenden gesellschaftsprägenden Normen nicht nur setzt sondern auch legitimiert und absichert. Innerhalb der Legal Gender Studies wird also auch die Position vertreten, das Recht sei kein verlässlicher Verbündeter, zumal es Instrument der Herrschaft sei.
- [Rz 11] Zur tatsächlichen Situation der rechtlichen Geschlechterstudien gilt es einleitend noch Folgendes festzustellen: Zwar werden schon seit längerer Zeit Geschlechterfragen im Recht gestellt, im Sinne von Untersuchungen zur rechtlichen Stellung von Frauen. Aber die Rechtswissenschaft als wissenschaftliche Disziplin ist von gendersensiblen Forschungsansätzen insbesondere in der Schweiz bislang weitgehend unberührt geblieben. Wir wissen wenig über die Wirkungsweise von Rechtsregeln, über Zusammenhänge zwischen Rechtssituation und Lebenspraxis beziehungsweise Lebensbedingungen von Frauen und Männern, über das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, Gesetz und Leben. All diese Fragen kann aber die Rechtswissenschaft nicht allein beantworten. Die Geschlechterforschung im Recht ist auf interdisziplinäre Arbeiten angewiesen.

Ich werde in diesem Beitrag folgenden Fragestellungen nachgehen: Welche Erscheinungsformen und welche Bedeutung hat die Kategorie Geschlecht im Recht, welche Geschlechterfragen werden in der Rechtswissenschaft wo und wie gestellt? Welches sind die Ansprüche an das Recht aus einer geschlechtersensiblen Optik? Was sind Ergebnisse einer Rechtsanalyse, die das Geschlechterverhältnis im Fokus hat? Mit welchen Themen beschäftigen sich die feministische Rechtswissenschaft, die Legal Gender Studies, die rechtlichen Geschlechterstudien; welcher Zugänge und Methoden bedienen sie sich? Welches Potential haben die Gender Studies für die Rechtswissenschaft?

[Rz 13] In einem ersten Abschnitt (II) werden die dominanten Inhalte der feministischen Rechtswissenschaft und der Legal Gender Studies erörtert. Danach (III) werde ich anhand der Einteilung des Rechts in drei Normenkomplexe aufzeigen, wo und wie Geschlecht im Recht zu finden ist. Ausgehend von der bereits gemachten Feststellung, dass Legal Gender Studies an das Recht meist eine bestimmte Erwartung haben, wird anschliessend (IV) der Frage nachgegangen, ob und inwieweit Recht tatsächlich ein emanzipatorisches Potential aufweist. Danach werde ich im Wesentlichen der Achse rechtliche Gleichstellung (V), faktische oder materielle Chancengleichheit (VI) und Geschlechterkonstruktion (VII) folgen, welche zugleich die – freilich stark vereinfachte – zeitliche und inhaltliche Entwicklungslinie der Geschlechterstudien im Recht darstellt. Diese Einteilung bringt, wie aufzuzeigen sein wird, drei verschiedene Gleichheitskonzeptionen, Analysemethoden, inhaltliche Schwerpunktbildungen und gesellschaftliche und rechtliche Perspektiven zum Ausdruck. Sie stecken das Spannungsfeld ab, in dem sich die rechtlichen Geschlechterstudien bewegen.

## **II. Themen der feministischen Rechtswissenschaft und der Legal Gender Studies**

[Rz 14] Die Themen, denen sich die feministische Rechtswissenschaft und später die Legal Gender Studies angenommen haben sind durchaus vielfältig und berühren sämtliche Gebiete des Rechts. Auch öffentlichrechtliche Bauvorschriften zum Beispiel können (und sollen) einer genderfokussierten Analyse unterworfen werden. Gerade das neue Konzept des Gender Mainstreaming<sup>6</sup> verlangt, dass alle rechtlichen Massnahmen unter dem Aspekt ihrer Auswirkungen auf die Geschlechter und das Geschlechterverhältnis untersucht werden. Die Inhalte der Legal Gender Studies haben sich aber im Laufe der Zeit durchaus verändert und vor allem variieren sie je nach Geschlechter- und Gleichheitskonzeption derer Vertreterinnen und Vertreter.

[Rz 15] Müssen wir gleichwohl drei Themengebiete benennen, denen sich rechtlichen Geschlechterstudien intensiv gewidmet haben, so sind das wohl die Themen Arbeit (Lohnungleichheit, Versicherungsleistungen), Familienrecht und Sexualstrafrecht. Wir werden sehen, dass die Schwerpunktsetzung unterschiedlich ausfällt, je nach Verständnis von Recht und je nach Perspektive, die mit dessen Analyse verbunden ist. Heute kommen zu diesen eher traditionellen Inhalten die Themen Geschlechtsidentität und Geschlechtskörper hinzu.

## **III. Geschlecht und Diskriminierung im und durch das Recht**

[Rz 16] Hinsichtlich der Geschlechtlichkeit von Recht auf der Ebene der Normen selbst unterscheidet Bettina Sokol<sup>7</sup> zwischen der Gruppe der scheinbar geschlechtsneutralen Normen, der Gruppe der offen geschlechtsspezifischen Normen und der Gruppe der antidiskriminierenden Normen.

[Rz 17] Die Gruppe der scheinbar geschlechtsneutralen Normen weist das Spezifikum auf, dass erst eine Analyse der Rechtswirkungen auf der Ebene der Lebensverhältnisse zu zeigen vermag, wie und in welchem Masse

Geschlechterungleichheit (auch) eine Ursache im Recht hat. Für die Geschlechterstudien bedeutet dies, dass die Interdisziplinarität vorwiegend bereits in der Fragestellung angelegt ist. Beispiele für solche scheinbar geschlechtsneutrale Normen werden im Familienrecht, im Sozialversicherungsrecht, im Steuerrecht oder im Strafrecht geortet.

[Rz 18] Als Beispiel aus dem Familienrecht mögen die Voraussetzungen für eine Abänderung der Unterhaltsrente, Art. 129 ZGB, dienen: Der nacheheliche Unterhalt wird mit der Scheidung festgesetzt. Verbessert sich nach der Scheidung die Einkommenslage des Unterhaltspflichtigen, in der Regel ist dies der Mann, so nimmt die unterhaltsberechtigte Person, in der Regel die Frau, an dieser Verbesserung der Einkommenssituation grundsätzlich nicht teil. Der Unterhaltsbeitrag wird im Allgemeinen nicht erhöht.<sup>8</sup> Eine Erhöhung der Unterhaltsrente fällt selbst dann ausser Betracht, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der berechtigten Partei verschlechtern. Verunfallt zum Beispiel das gemeinsame Kind, was die Frau zur Reduktion ihrer Erwerbstätigkeit zwingt, kommt eine nachträgliche Erhöhung der festgelegten Rente nicht in Betracht<sup>9</sup>. Dagegen muss sich die unterhaltsberechtigte Person eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage anrechnen lassen.<sup>10</sup> Die Unterhaltsrente wird regelmässig gekürzt oder gar gestrichen, womit der Unterhaltspflichtige von der wirtschaftlichen Besserstellung der Unterhaltsberechtigten, in der Regel der Frau, nach der Scheidung profitiert.

[Rz 19] Auch folgendes Beispiel aus dem Recht der beruflichen Vorsorge kann zur Illustration scheinbar geschlechtsneutraler Normen herangezogen werden: Das BVG lässt einen sogenannten Koordinationsabzug bei einem jährlichen Einkommen von CHF 24'720.- zu. Da Frauen nach wie vor sehr viel häufiger Teilzeit arbeiten, erreichen 39% derselben kein Einkommen über dem Koordinationsabzug. Dagegen trifft dies nur auf 15% der Männer zu.<sup>11</sup> Eine Revision dieser Regelung steht in Diskussion.

[Rz 20] Für den Bereich des Steuerrechts seien zwei Entscheide des Bundesgerichts aufgeführt,<sup>12</sup> in welchen es festhält, dass steuerfreies Sparen in der Säule 3a nur mit Erwerbseinkommen, nicht jedoch mit Unterhaltsbeiträgen möglich ist. Da mehr Männer erwerbstätig, dagegen häufiger Frauen auf Unterhaltszahlungen angewiesen sind, profitieren die Geschlechter ungleich stark von der Vorsorgeeinrichtung der Säule 3a.

[Rz 21] Im Strafrecht führte die Aufführung des Mordmerkmals der Heimtücke im früheren Strafgesetzbuch zu einer nur scheinbar geschlechtsneutralen Norm.<sup>13</sup> Danach wurde eine Tötung, die als heimtückisch zu beurteilen war, zum Mord; eine Qualifizierung, die auch dann zum Tragen kam, wenn das Vorgehen nur mit Blick auf körperliche Unterlegenheit gewählt wurde.<sup>14</sup>

[Rz 22] Ähnliche Überlegungen gelten für das Konzept der strafrechtlichen Notwehr: Das geltende Notwehrkonzept, welches einen unmittelbaren Angriff voraussetzt, vermag komplexe und langjährige Geschehen nicht zu erfassen; diese werden auf den Augenblick der Tat reduziert. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass dann, wenn eine Frau ihren Ehemann, der sie jahrelang psychisch, physisch und sexuell misshandelt hat, im Schlaf tötet, das Recht selbst in Extremsituationen dies nicht als Notwehr zu begreifen vermag, zumal die Tötung nicht im Zug einer konkreten Auseinandersetzung geschieht.<sup>15</sup> Das Notwehrkonzept erfasst nur den plötzlichen Angriff und nicht die jahrelang zerstörerische Beziehung.<sup>16</sup> Daraus wird gefolgert, das Recht nehme eine männliche Perspektive ein, der Tatbestand der Notwehr sei auf Bedrohungslagen, wie sie Frauen erwiesenermassen erleben, nicht zugeschnitten.<sup>17</sup>

[Rz 23] Diese Beispiele machen deutlich, dass die geschlechterspezifische Wirkung geschlechtsneutraler Normen daraus resultiert, dass diese Normen geschlechtlich geprägte und ungleiche soziale Realitäten regeln. Geschlechtsneutrale Normen fingieren gleiche Chancen und gleiche Realitäten beider Geschlechter und sehen

über unterschiedliche Lebensentwürfe und Lebenszusammenhänge hinweg. Das heisst, ein egalitär formuliertes Recht garantiert noch nicht, dass es Lebenskonflikten und -wirklichkeiten beider Geschlechter gleichermassen gerecht wird. Im Gegenteil: In bestimmten Bereichen ist eine geschlechtsneutrale Norm unter Umständen ein Faktor, der sozial ungleiche Geschlechterrealitäten verstärkt oder zumindest festschreibt.<sup>18</sup> An diese Ausgangslage knüpfen Begriff und Konzept der indirekten Diskriminierung an, auf welche noch zurückzukommen sein wird.

[Rz 24] Die zweite Gruppe von Rechtsvorschriften sind Normen, die offen geschlechtsspezifisch sind. Ihre Zahl ist in der Schweiz nicht mehr gross, aber immerhin sind solche Bestimmungen noch vorhanden. Dazu zählen die familienrechtlichen Bestimmungen zu Namen und Bürgerrecht, wonach mit der Eheschliessung die Ehefrau grundsätzlich den Familiennamen und das Bürgerrecht des Ehemannes anzunehmen hat.<sup>19</sup>

[Rz 25] Die dritte von Sokol erwähnte Gruppe ist diejenige der geschlechtsspezifischen Normen, welche Ungleichheit offen ansprechen und in ihrer Zielsetzung diese zu beheben versuchen. Auch dazu ein Beispiel: Der Bund hat zwecks Erhöhung der Frauenanteile im Mittelbau der Hochschulen und auf professoraler Stufe ein Programm zur Förderung der Chancengleichheit von Frau und Mann im universitären Bereich lanciert. So sieht er unter anderem die Ausbezahlung von CHF 6'000'000.- an die Universitäten vor, um dieselben zu einer vermehrten Berufung von Professorinnen zu bewegen. Entsprechend der Anzahl neu berufener Professorinnen wird der Betrag auf die Universitäten verteilt.<sup>20</sup> Inwiefern und in welcher Form solche Normen rechtspolitisch zulässig und wünschbar sind, ist eine umstrittene Frage, auf die weiter unten eingegangen wird.

[Rz 26] Zu erwähnen ist weiter, dass die Geschlechter ungleich behandelnde Praxen heute weniger in der Rechtsetzung als in der Rechtsanwendung vermutet und geortet werden. Diese sind indessen nur unzulänglich untersucht.<sup>21</sup> In einem spezifischen Rechtsfeld allerdings ist die Rechtsprechung in Bezug auf angewandte Geschlechterstandards unter die Lupe genommen worden: im Bereich der strafrechtlichen Verarbeitung von Delikten gegen die sexuelle Integrität. Hier haben vor allem Prozessbeobachtungen zu Wissen über Alltagstheorien von Richtern und Richterinnen und über Zuschreibungen stereotyper Geschlechterrollen in Prozessen geführt. Ein bedeutendes und weites Untersuchungsfeld in Bezug auf die Rechtsanwendung ist das Familienrecht. Es gibt aber nur wenige Untersuchungen zum Beispiel darüber, welche Vorstellungen von Geschlechterverhältnis, von Mutterschaft und Vaterschaft den Urteilen zu Grunde liegen. Auch über Verhandlungspositionen von Frauen und die Auswirkungen der Urteile auf ihre Lebensrealität ist nur wenig bekannt.

[Rz 27] Hier zwei Beispiele von Geschlechterstudien bezogen auf die familienrechtliche Rechtsprechung und deren Resultate:

[Rz 28] Die Juristin Monika Binkert und der Soziologe Kurt Wyss haben sich mit der Frage beschäftigt, ob und wie Gleichstellungsfragen in die Rechtsprechung erstinstanzlicher Gerichte zu den Ehescheidungsfolgen einbezogen werden. Weiter wurde untersucht, welche Gleichstellungskonzepte die Praxis prägen und welchen Einfluss dieselben auf die Scheidungsfolgenregelungen zeitigen.<sup>22</sup> Sie stellen in ihrer Studie fest, dass das umfassende Gleichstellungsgebot in Art. 4 Abs. 2 aBV nicht zu einer auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile gerichteten kompensatorischen Interpretation des Scheidungsrechts führt.<sup>23</sup> Weder das Gleichstellungsgebot noch das in Art. 163 ZGB verankerte Prinzip der Gleichwertigkeit von innerhäuslicher Arbeit und Berufsarbeit würden einen entscheidenden Einfluss auf die Gerichtspraxis ausüben.<sup>24</sup> Auch unter dem Eherecht von 1988 sähen sich Frauen, aufgrund eines traditionalistischen Rollenverständnisses und entsprechender Gesetzesauslegung durch die Gerichte, mit verschiedenen Benachteiligungen konfrontiert: So würden kürzere und tiefere Scheidungsrenten zugesprochen und ein Wiedereinstieg in die Berufswelt würde Frauen ohne gebührende Berücksichtigung des familienbedingten Erwerbsunterbruchs zugemutet. In der überwiegenden Zahl der Fälle befänden sich Männer



nach der Scheidung ökonomisch in einer deutlich besseren Lage als die von ihnen geschiedenen Frauen. Scheidungsrecht und Scheidungspraxis, so schliessen Binkert und Wyss, könnten wesentlich mehr zur Gleichstellung der Geschlechter beitragen als dies zur Zeit der Fall ist.<sup>25</sup>

[Rz 29] Eine soeben erschienene Untersuchung der Anwältinnen Katerina Baumann und Margareta Lauterburg hat ihrerseits ergeben, dass die gerichtliche Anwendung der neuen Bestimmungen zum Vorsorgeausgleich, Art. 122 bis 124 ZGB, sich zu Ungunsten der Frauen auswirkt. Die Ausgleichsansprüche würden häufig falsch berechnet, zahlreiche Verzicht auf den Vorsorgeausgleich würden zugelassen, obwohl ihre Voraussetzungen nicht gegeben seien. Im Ergebnis handle es sich um eine Praxis mit frauendiskriminierender Wirkung.<sup>26</sup>

[Rz 30] Als Beispiel für eine indirekt geschlechterdiskriminierende Rechtsprechung mag Folgendes dienen: Wird eine Ehe geschieden, so sind allfällige Unterhaltsansprüche zu regeln. Nachehelicher Unterhalt ist dann geschuldet, wenn eine Partei, in der ganz überwiegenden Mehrheit der Fälle ist dies freilich die Frau, ehebedingte Nachteile zu verzeichnen hat. Nun reichen die Mittel häufig nicht aus, um zwei getrennte Haushalte zu finanzieren. Der Fehlbetrag wird aber nicht auf beide Ehegatten verteilt, sondern der Unterhaltsschuldner ist nach konstanter Rechtsprechung in seinem Existenzminimum geschützt. Das heisst, dass die den Haushalt und die Kinder betreuende Ehepartei, bezüglich ihres Anspruchs auf Ausgleich der Nachteile, die der gelebten Rollenteilung entspringen, das Nachsehen hat. Diese Praxis missachtet, so die Kritik, den Grundsatz der Gleichwertigkeit der Leistungen während der Ehe. Geschiedene Frauen sind nicht zuletzt wegen dieser Rechtsprechung häufiger als Männer von der Sozialhilfe abhängig.<sup>27</sup>

#### IV. Hat Recht emanzipatorisches Potential?

[Rz 31] Feministische Rechtswissenschaft und Legal Gender Studies sind, wie bereits angesprochen, in erster Linie Rechtsanalyse und Rechtskritik. Immer wieder geht es ihnen darum, das Recht als Herrschaftsinstrument, das zum Nachteil eines Geschlechts eingesetzt wird, zu entlarven. Doch gleichzeitig ist die Bestrebung da, das Recht zur Erlangung egalitärer Verhältnisse zwischen den Geschlechtern zu instrumentalisieren. Letztlich besteht in dieser doppelten Ausrichtung ein Dilemma.

[Rz 32] Innerhalb der feministischen Rechtswissenschaft und der Legal Gender Studies gibt es denn auch eine Position, die gegenüber der Strategie, das Recht als Steuerungsinstrument einzusetzen, grundsätzliche Kritik übt. Es wird bezweifelt, dass das Recht emanzipatorisches Potential hat, und zwar mit folgenden Argumenten:

[Rz 33] Erstens sei das Recht als Herrschaftsdiskurs kaum geeignet, Herrschaftsverhältnisse anzugehen. Gerade Frauen hätten immer wieder erleben müssen, wie Recht bevormundend, normierend, ausgrenzend und disziplinierend eingesetzt wurde und wird, wie am Beispiel der Abtreibungsdebatte besonders deutlich würde.<sup>28</sup> In diesem Sinne sei das Recht Teil struktureller Gewalt.<sup>29</sup>

[Rz 34] Zweitens wird geltend gemacht, Rechte würden komplexe Machtverhältnisse derart vereinfachen, dass es im Ergebnis einer Verschleierung gleichkomme. Ein Beispiel: Werden Rechte und Schutz im Bereich der Gewalt im sozialen Nahraum ausgebaut, so profitieren Ausländerinnen davon solange nicht, wie es kein zivilstands- und erwerbseinkommensunabhängiges Aufenthaltsrecht gibt. Wehren sich Ausländerinnen gegen die vom Ehemann ausgehende Gewalt, so riskieren sie nämlich bei kurzer Ehe den Verlust des Aufenthaltsrechts.<sup>30</sup> Doch selbst bei langer Ehe droht ihnen derselbe, sofern sie aufgrund von Betreuungsarbeit keine wirtschaftliche Selbständigkeit



erreicht haben und das Einkommen des (Ex-)Ehemannes ihre Unterhaltsbedürfnisse nicht deckt. Der Komplexität und Verschränkung von Bedürfnissen wird, so die Kritik, eine in Ausländerrecht, Familienrecht und Strafrecht aufgeteilten Rechtsordnung nicht gerecht.

[Rz 35] Drittens wird befürchtet, Rechte würden eine falsche Sicherheit vermitteln. Zudem erfordere ihre Einforderung immer ein Aktivwerden der Frauen selbst, was eine Einbindung ihrer Ressourcen bedeute. Dieselbe Skepsis besteht auch mit Blick auf die konkrete Perspektive der Nutzerinnen des Rechts: Es scheint dokumentiert, dass Frauen weniger Gebrauch machen vom Recht, sich beispielsweise weniger an die Gerichte wenden und weniger Vertrauen in das Instrument «Recht» haben.<sup>31</sup> Teilweise ist von einem «skeptischen» oder «negativen» Rechtsbewusstsein von Frauen die Rede.<sup>32</sup> In diesem Zusammenhang wird auch auf Carol Gilligans moralpsychologische Untersuchung Bezug genommen, wonach Frauen eher eine Ethik der Fürsorge vertreten würden, welche Beziehungskontext und Verantwortung anstatt Rationalität und Recht in den Vordergrund stellt.<sup>33</sup>

[Rz 36] Im Sinne eines Fazit ist festzustellen, dass bedeutende Stimmen feministischer Rechtswissenschaft scheinbar nur geringe Erwartungen an die Wirkung rein rechtlicher Instrumente haben.<sup>34</sup> Zwar könne das Recht eine institutionelle Absicherung gewisser Rechte und Positionen bieten und grundlegende, an der Gerechtigkeit orientierte Zielvorgaben festlegen. Seit jeher habe das Recht aber auch der Herrschaftssicherung gedient. Doch will man letztlich nicht nur Rechtsunterworfen sein, ist bei aller Kritik eine konstruktive Auseinandersetzung mit dem Recht unumgänglich.<sup>35</sup>

## V. Die rechtliche Gleichstellung

[Rz 37] Viele Generationen von Wissenschaftlerinnen und Politikerinnen haben sich der Aufgabe hingegen, die Ausdehnung der ausschliesslich Männern vorbehaltenen Rechte auf Frauen einzufordern. Die Forderung nach Gleichheit vor dem Gesetz und damit verbunden dem Verbot der formellen Diskriminierung ist im Zusammenhang mit dem aufklärerischen Menschenrechtsdenken und seiner Verbindung von Gleichheit und Freiheit zu sehen.<sup>36</sup>

[Rz 38] Die Frau stand allerdings noch bis weit ins 19. Jahrhundert hinein unter Geschlechtvormundschaft.<sup>37</sup> Geschlechtvormundschaft hiess, dass die Frau ihre Rechte nicht in gleicher Weise wie ein Mann selbständig wahrnehmen konnte, sondern eines Beistandes bedurfte oder gar die Führung ihrer Geschäfte gänzlich einem Mann überlassen musste. Es fehlte der Frau an der Handlungsfähigkeit. In der Schweiz wurde die unverheiratete Frau aus der rechtlichen Unselbständigkeit im Laufe des 19. Jahrhunderts, spätestens durch das Bundesgesetz von 1881 befreit. Die verheiratete Frau konnte ihre Unmündigkeit spätestens durch das ZGB von 1907 abstreifen.<sup>38</sup>

[Rz 39] Die Handlungsfähigkeit alleine garantierte aber weder den Einbezug in die Sphäre des Politischen noch eine gleichberechtigte Teilhabe an Ressourcen. Im Bereich des Privatrechts blieb insbesondere das Familienrecht eine Enklave ungleichen Rechts. Sowohl im öffentlichen Recht wie im Privatrecht musste formale Gleichberechtigung zuerst errungen werden.

[Rz 40] Das in der Folge vertretene Gleichberechtigungskonzept hatte und hat klare, inzwischen weitgehend verwirklichte Forderungen an das Recht gestellt: Das Merkmal Geschlecht ist in vielen Erlassen als Tatbestandsmerkmal gestrichen worden. Das Resultat sind die bereits erwähnten geschlechtsneutralen Normen.

[Rz 41] Die Meilensteine der formalrechtlichen Gleichstellung sind hinlänglich bekannt: Die Erlangung des Stimm- und Wahlrechts, in der Schweiz bekanntlich sehr spät;<sup>39</sup> die verfassungsrechtliche Gleichstellung im Jahre 1981;<sup>40</sup> das im Jahre 1988 in Kraft getretene Eherecht.<sup>41</sup> Das neue Eherecht basiert auf dem Grundsatz der gleichberechtigten Partnerschaft sowie der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten für Kindererziehung und Familienunterhalt. Es hat die gesetzlich sanktionierte geschlechtsspezifische Arbeitsteilung abgeschafft. Für den Bereich der Erwerbsarbeit ist das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz), das 1996 in Kraft getreten ist, als Meilenstein zu sehen.<sup>42</sup>

[Rz 42] In diesem Zusammenhang wird jedoch vielfach darauf hingewiesen, dass die rechtliche Gleichstellung den Frauen nicht nur Vorteile gebracht habe, sondern durchaus auch zur Rechtfertigung des Abbaus gewisser «Frauenprivilegien» herangezogen wurde und würde.<sup>43</sup> Folgende Beispiele mögen dies veranschaulichen: Die Einführung der kantonalen Feuerwehersatzabgaben auch für Frauen; die Abschaffung des automatischen Erwerbs des Schweizer Bürgerrechts durch Heirat einer ausländischen Frau mit einem Schweizer (umgekehrt verliert eine Schweizerin bei der Eheschliessung mit einem Ausländer das Schweizer Bürgerrecht nicht mehr) und die Erhöhung des Frauenrentenalters. Aber auch die regelmässige Befristung von Scheidungsrenten beziehungsweise der gegenüber dem alten Recht geringere nacheheliche Unterhalt könne auf die Idee der rechtlichen Gleichstellung zurückgeführt werden. An das im neuen Eherecht verankerte partnerschaftliche Eheleitbild knüpft nämlich die Erwartung an, dass beide Ehegatten relativ kurze Zeit nach der Scheidung die ökonomische Selbständigkeit erreichen (können) (sogenanntes clean break-Prinzip). Die Rechtsprechung berücksichtigt die nachhaltige Wirkung real gelebter Arbeitsteilung auf die Möglichkeit und Höhe des Arbeitserwerbs nur ungenügend, womit kinderbetreuende Elternteile wegen befristeter und geringerer Renten durch das neue Recht eine Schlechterstellung erfahren hätten.<sup>44</sup>

## **VI. Faktische Chancengleichheit im und durch das Recht?**

### **1. Allgemeines**

[Rz 43] Weitgehend Einigkeit besteht darüber, dass die formale Rechtsgleichheit bestehende ökonomische, soziale und politische Ungleichheiten nicht vollständig aufgehoben hat. Nicht zuletzt deshalb hat das Konzept der Geschlechterdifferenz auch in den Rechtswissenschaften Fuss gefasst. Es wurde und wird über die konzeptionelle Blindheit geltender Rechtstheorien und -systematik nachgedacht, über offene oder versteckte Wertungen im und durch das Recht, über die vermeintliche Objektivität und Neutralität des Rechts, über Chancen und Risiken geschlechtsfokussierter und geschlechterdifferenzierter Rechte. Angemerkt sei, dass die Konzepte der Geschlechterdifferenz und die Positionen ihrer Vertreterinnen vielfältig sind. Sie reichen von der Befürwortung geschlechterdifferenter Normen im Sinne einer Übergangslösung auf dem Weg zur materiellen Chancengleichheit, über die Vertretung natürlicher Männlichkeit und Weiblichkeit und die Anerkennung der entsprechend geschlechtsspezifisch-komplementären, aber gleichwertigen Arbeitsteilung, hin zum Postulat der allgemeinen Durchsetzung einer genuin weiblichen Moral und Wertung.

### **2. Konzeptionelle Blindheit liberaler Rechtstheorie und -systematik**

[Rz 44] Die Geschlechterstudien im Recht haben sich intensiv mit der für die liberale Rechtsordnung konstitutiven Trennung der Sphären Öffentlichkeit und Privatheit beschäftigt.<sup>45</sup> Zwei Kritikpunkte stehen dabei im Vordergrund: Erstens sei die Trennung keine natürliche, sondern eine ideologische. Weder der öffentliche noch der private Raum seien einfach gegeben, sondern sie würden durch politische und soziale Arrangements und rechtliche

Entscheidungen hergestellt. Zweitens sei die Trennung eine geschlechtlich konnotierte Konstruktion.

- [Rz 45] Schauen wir uns dies am Beispiel der Ehe ein wenig näher an:<sup>46</sup> Die Ehe gilt als einer der privatesten Räume. Es entspricht der grundlegenden Konzeption des liberalen Staates, der Ehe als einzige institutionalisierte, durch das Recht anerkannte Form der Lebenspartnerschaft in der Schweiz Interventionsfreiheit zu garantieren. Gleichzeitig gibt es kaum eine rechtliche Beziehung, die so stark reglementiert und mit gesellschaftlichen Erwartungen konfrontiert ist, wie diejenige zwischen Ehepartner und Ehepartnerin. Der Privatraum wird protegiert, privilegiert, gleichzeitig auch strukturiert und reglementiert.<sup>47</sup> Die private Sphäre ist freilich selbst geschlechtlich konnotiert. Sie wird in der bürgerlichen Konzeption von Ehe und Familie nicht nur traditionell Frauen zugewiesen, es bestehen auch kulturelle Assoziationen von Privatheit und Weiblichkeit, Emotionalität und Besonderheit. Die Öffentlichkeit beziehungsweise der Staat hingegen trage einen «entschieden männlichen Charakter» – so Johann Caspar Bluntschli 1852, der «Vater» des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zürich.<sup>48</sup> Der öffentliche Bereich wird nämlich mit Rationalität und Allgemeinheit assoziiert. Damit sei freilich eine Wertung verbunden: Mit dem Privatheitskonzept geht nicht nur ein dichotomes Denken, sondern, so die Kritik, auch ein hierarchisches einher. Private Machtverhältnisse blieben dem Blick der Öffentlichkeit entzogen, sie würden konzeptionell entpolitisiert, was die Konsolidierung der vordefinierten Geschlechterrollen unterstütze.<sup>49</sup> Die Rhetorik der Privatheit attestiert der Ehe derjenige Ort zu sein, der die persönliche Entfaltung garantiert. Sie unterliegt aber nicht nur der rechtlichen, sondern insbesondere auch der ökonomischen, gesellschaftlichen, sozialen und politischen Regulierung.
- [Rz 46] Beispiele von konkreten rechtlichen Folgen dieser dichotomen Anschauung sind die unterschiedliche Bewertung der Gewalt in Ehe und Partnerschaft und der Gewalt gegenüber Fremden oder die mildere Behandlung der Vergewaltigung in der Ehe, die zwar seit 1992 unter Strafe steht, allerdings im Unterschied zur Vergewaltigung durch einen mit der Frau nicht verheirateten Mann nach wie vor nur auf Antrag strafrechtlich verfolgt wird. Eine Gesetzesänderung, die diese letzte Unterscheidung aufhebt, wird aller Wahrscheinlichkeit nach nächstes Jahr in Kraft treten. Gewalttaten im häuslichen Bereich werden generell als Officialdelikte ausgestaltet. Weiter ist zu erwähnen, dass die in der rechtlich definierten Privatsphäre geleistete Familien- und Betreuungsarbeit rechtlich weitgehend ungeschützt ist, obwohl die «öffentliche» Sphäre ohne sie nicht funktionieren könnte.<sup>50</sup>
- [Rz 47] Ein ganz anderer Rechtsbereich, in welchem das dichotome Verständnis von Staat und Gesellschaft und seine Folgen für Frauen deutlich werden, ist das Asylrecht. Nach der klassischen liberalen Lehre kommt nur der Staat als möglicher Verletzer von Menschenrechten in Betracht,<sup>51</sup> weshalb grundsätzlich nur Verfolgungen und Menschenrechtsverletzungen, die vom Staat ausgehen, asylrechtlich relevant sind. «Private» Menschenrechtsverletzungen, wie systematische Vergewaltigungen, Genitalverstümmelungen, Heiratszwang usw. bilden keine Asylgründe, und zwar selbst dann nicht, wenn sie von Staat und Gesellschaft geduldet werden.<sup>52</sup> Damit bleiben davon betroffene Frauen ausserhalb des menschenrechtlichen Schutzes.
- [Rz 48] Dieser konzeptionellen Blindheit hat Tove Stang Dahl die «systematische Frauenperspektive»<sup>53</sup> entgegengesetzt. Seit 1974 ist an der Juristischen Fakultät der Universität Oslo «Frauenrecht» Examensfach. Es ist als Fachgebiet und nicht als Zugang, Perspektive oder Methode der Rechtsanalyse konzipiert. Letztlich geht es um die «Umorganisation des Rechtskanons»<sup>54</sup> und das Fach «Frauenrecht» umfasst zum Beispiel Hausfrauenrecht<sup>55</sup> und Geburtenrecht.<sup>56</sup> In unseren Breitengraden ist ein solcher Ansatz kaum vertreten worden. Eher galt und gilt es, sogenannte frauenrelevante Anliegen und Themen in den Regelkreis der öffentlichen Sphäre aufzunehmen, indem das öffentliche Interesse an einer (anderen) Regelung sichtbar gemacht wird.<sup>57</sup>

### 3. Vom einheitlichen Subjekt, von Wertungen und Massstäben und die Forderung nach Äquivalenz der Lebensrealitäten

- [Rz 49] Weiterer Ansatzpunkt der Rechtskritik aus einer Geschlechterperspektive ist die Fixiertheit des Rechts auf ein einheitliches Subjekt.<sup>58</sup> Dieses Subjekt habe bestimmte Interessen, Lebensbedingungen, Werte und Beschäftigungen. Es ist der Massstab, an dem Recht gemessen wird. Und dieses Subjekt, so die feministische Rechtskritik, sei männlich. Folglich habe Recht ein Geschlecht.
- [Rz 50] An folgenden Beispielen wird die Kritik der Ausrichtung des Rechts auf ein männliches Subjekt illustriert: Das Arbeits- und Sozialrecht ist geprägt von der Vorstellung des Normalarbeitnehmers: Nach einem fließenden Übergang von der Schule in die Ausbildung wechselt er nach deren Abschluss geradlinig in die Berufstätigkeit, wo er vollzeitbeschäftigt ist und seine Tätigkeit ohne Unterbrechungen ausführt.<sup>59</sup> Diese Konzeption des Normalarbeitnehmers wirkt sich auf sämtliche Systeme der sozialen Sicherung aus, auch auf das Stipendienwesen, wo verschiedentlich Höchstaltersgrenzen vorgesehen sind,<sup>60</sup> entspricht aber selten den Lebensrealitäten von Frauen.<sup>61</sup> Ebenso häufig ist eine geschlechtlich konnotierte Lohnungleichheit festzustellen, das heisst geringere Löhne in typischen Frauenberufen: Bis vor kurzer Zeit waren Handarbeitslehrerinnen im Kanton Zürich in einer Lohnklasse zwei Stufen niedriger eingestuft als Primarlehrer.<sup>62</sup>
- [Rz 51] Als weiteres Beispiel sei hier das Vertragsrecht und sein Rationalitätskonzept erwähnt. Susan Emmenegger weist in ihrer Dissertation «Feministische Kritik des Vertragsrechts» nach, wie sehr das vermeintlich geschlechterblinde Schuldvertragsrecht durch männliche Werte und Denkmuster geprägt ist.<sup>63</sup> Empirisch nachgewiesen würden Frauen signifikant häufiger beziehungsorientiert, personenorientiert und kontextbezogen denken und handeln, Männer dagegen häufiger individualistisch und abstrakt.<sup>64</sup> Unser Schuldrecht orientiert sich wesentlich am Begriff der «Vernunft».<sup>65</sup> Als Beispiel mag das Leitbild der «vernünftigen Vertragspartei» angeführt werden, die den Gerichten als Referenzgrösse dient. So wird das Verhalten der Parteien an den Erwartungen an eine «vernünftige Person» gemessen. Eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offenbare nun, so die Autorin, dass die «vernünftige Person», den Vorstellungen eines vornehmlich männlichen Richterstandes entspringend, von sozialtypisch männlichen Eigenschaften geprägt ist. Konfrontatives, aktives, selbstbewusstes und eigeninteressiertes Verhalten werde als vernünftig, sozialtypisch weibliches Verhalten dagegen als Abweichung vom männlich geprägten Leitbild beurteilt.<sup>66</sup> Dies führe zu einer latenten Diskriminierung all jener, die sich sozialtypisch weiblich und somit, überspitzt formuliert, unvernünftig verhalten.<sup>67</sup>
- [Rz 52] All diese Beispiele zeigen, wie das Recht sozialtypisch männliche Lebenswirklichkeit privilegiert und diese normativ verallgemeinert.<sup>68</sup> Unabhängig davon, wie man die Differenz zwischen Frauen und Männern erklärt, will die theoretische Position der Geschlechterdifferenz weibliche Werte, Bezugssysteme und Lebenszusammenhänge berücksichtigt beziehungsweise positiv bewertet wissen.
- [Rz 53] In diesem Zusammenhang ist auch das Konzept der indirekten oder mittelbaren Diskriminierung von Bedeutung. Danach kann eine neutral formulierte Rechtsnorm oder Massnahme in ihrer tatsächlichen Durchsetzung wesentlich mehr Individuen einer bestimmten sozialen Kategorie oder hier eines Geschlechts nachteilig treffen.<sup>69</sup> Das heisst, dass nicht das Motiv der Norm, die ja dem Neutralitätsanspruch genügen muss, sondern das Ergebnis ihrer Anwendung die Geschlechterdiskriminierung sichtbar macht.<sup>70</sup> Beispiele solcher Normen im Familienrecht oder im Sozialversicherungsrecht wurden bereits genannt.
- [Rz 54] Gesetzlich wird für den Bereich der Arbeitswelt in Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Mann und Frau vom 24. März 1995 die direkte und indirekte Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts ausdrücklich verboten. Das Verbot der indirekten Diskriminierung

beansprucht aber gemäss Lehre und Bundesgericht grundsätzlich auch in den übrigen Rechtsbereichen Geltung und wird aus Art. 8 BV abgeleitet.<sup>71</sup> Ein Problem liegt jedoch darin, dass Grundrechte regelmässig keine Drittwirkung entfalten, sondern sich in erster Linie an den Staat wenden und nicht direkt an Private.<sup>72</sup>

#### 4. Die Problematik rechtlicher Neutralität und Objektivität

[Rz 55] Eng verknüpft mit diesem differenztheoretischen Blick auf die den rechtlichen Ansprüchen und Regelungen zu Grunde liegenden Wertungen, Massstäbe und Lebenswelten ist die Kritik an der Neutralitäts- und Objektivitätsideologie. Die Rechtswissenschaft tritt wie kaum eine andere Disziplin mit dem Anspruch auf, Neutralität und Objektivität an den Tag zu legen. Sie bezieht ihre Legitimation aus diesen Attributen, zumal juristische Rechtsregeln ja einen allgemeinen Geltungsanspruch haben. Eine geschlechtersensible Auseinandersetzung mit dem Recht hat immer wieder die Problematik rechtlicher Neutralität im Fokus.

[Rz 56] Vor allem MacKinnon hat wiederholt darauf hingewiesen, dass eine ungeschlechtliche Perspektive nicht möglich sei und deshalb die Objektivität als methodologischer Ansatz und Anspruch des Rechts zwingend einerseits zu einer hegemonialen männlichen Perspektive und andererseits zu Verdinglichung und Entfremdung der Frauen führe.<sup>73, 74</sup> Sie sieht vor allem die Sexualität als Hauptsphäre hierarchischer Verhältnisse.<sup>75</sup> Um darzulegen, dass und wie das Recht in bestimmten Bereichen die männliche Sichtweise einnimmt, wird vielfach auf die Definition, das Konzept und die Anwendung des Tatbestandes der Vergewaltigung verwiesen. Es wird kritisiert, nicht die Verletzung der sexuellen Integrität und Autonomie der Frau sei unrechtsbegründend, sondern das fehlende Einverständnis der Frau in eine Handlung des Täters, die zudem durch die Anwendung von besonderen Nötigungsmitteln qualifiziert sein muss. Weiter, so die Kritik, dürfe Stillschweigen nach diesem Konzept wohl als Einwilligung verstanden werden, zumal der Täter vom Fehlen des Einverständnisses zumindest Kenntnis erlangt haben können muss und ein Irrtum möglich ist. Das heisst: Entweder habe die Frau so starken Widerstand geleistet, dass die Vergewaltigung sichtbare Spuren hinterlassen hat, was aber nur ganz selten vorkommt, oder sie werde beträchtliche Mühe haben, die fehlende Einwilligung nachzuweisen. Eine negative Tatsache zu beweisen sei anerkanntermassen schwierig. Es bleibe dann bei der Interpretation des Verhaltens der Frau durch Täter und Richter. Hat die Frau auf körperliche Gegenwehr und Widerstand «verzichtet», weil aus ihrer Sicht sinnlos oder gefährlich, so werde angenommen, die Zwangssituation hätte nicht vorgelegen. Dies gehe freilich an der Realität einer Mehrheit von Opfern sexueller Gewalt vorbei, insbesondere dann, wenn aufgrund einer langjährigen Misshandlungsbeziehung eine Zwangssituation für das Opfer auch ohne zusätzliche Gewaltanwendung durch den Partner gegeben ist. Die Perspektive des Opfers bleibe, so die Kritik, bei dieser Ausgestaltung und Interpretation der Vergewaltigung weitgehend unberücksichtigt.<sup>76</sup>

[Rz 57] Weil dem Recht ein inhaltlich bestimmtes Normbild zu Grunde liegt,<sup>77</sup> haben Rechtswissenschaftlerinnen wiederholt gefordert, Rechte ausgehend von der Erfahrung und den Bedürfnissen von Frauen zu definieren und formulieren.<sup>78</sup> Die konkrete Realität von Frauen – eine Realität der Unterordnung und Diskriminierung<sup>79</sup> – soll am Anfang rechtlicher Erwägungen stehen, und nicht ein abstrakter Standpunkt.<sup>80</sup>

#### 5. Rechtliche Ungleichheit im Dienste materieller Chancengleichheit

[Rz 58] Wir haben bereits gesehen, dass sich der Widerstand gegen die Geschlechterdiskriminierung immer auch darin artikuliert hat, rechtliche Massnahmen zur Durchsetzung von Chancengleichheit einzufordern. Das Steuerungsinstrument Recht soll der Durchsetzung bestimmter Positionen dienen.

- [Rz 59] Es wird einerseits an die Schutzfunktion des Rechts appelliert, insbesondere in Bezug auf Integrität und Autonomie. Beispielsweise wird für das Sexualstrafrechts gefordert, dessen Normen seien so auszugestalten, dass sie die sexuelle Autonomie und nicht eine irgendwie verstandene Sittlichkeit schützen.<sup>81</sup>
- [Rz 60] Die differenztheoretische Analyse und Perspektive verweist andererseits auf die Notwendigkeit geschlechterdifferenzierende Normen,<sup>82</sup> wobei zwei Formen zu unterscheiden sind:
- [Rz 61] Erstens offen kompensatorische Bestimmungen, auch bekannt unter dem englischen Label «affirmative action». Nicht der Massstab oder die Wertung werden hinterfragt, vielmehr wird ein Nachholbedarf der Frauen in einem bestimmten Bereich anerkannt und Massnahmen und Regelungen gefordert, damit der Anschluss der Frauen an die Männerposition oder -realität beschleunigt wird. Ziel ist die Herstellung materieller Gleichheit, das Recht soll die Voraussetzungen für ihre Verwirklichung schaffen.<sup>83</sup> Sokol meint: «Selbst wenn diese Bestimmungen im Einzelfall als kompensatorisches Recht geschlechtsspezifisch formuliert sind, ist ihr Gegenstand die Realisierung eines gleichberechtigten Geschlechterverhältnisses im Sinne des materiellen Gleichheitspostulats. So ist das eigentliche Ziel im geschlechtsunspezifischen rechtlichen Umbau zu sehen. Der Weg dahin kann in bestimmten Diskriminierungskonstellationen jedoch zuallererst den Einsatz geschlechtsspezifisch kompensatorischen Rechts erforderlich machen»<sup>84</sup>:
- [Rz 62] Prominentes Beispiel für den erörterten Bereich kompensatorischer Bestimmungen ist die Initiative «für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden», bekannt als «Quoteninitiative», die in der Schweiz 1995 eingereicht wurde. Sie forderte, dass Frauen, entsprechend ihrem Anteil in der Bevölkerung, rund die Hälfte der Sitze in National- und Ständerat innehaben und im Bundesrat durch mindestens drei Mitglieder vertreten sein sollen. Der Frauenanteil am Bundesgericht wäre auf mindestens 40% zu erhöhen und für die Bundesverwaltung wurde ein ausdrücklicher Frauenförderungsauftrag statuiert. Die Initiative wurde am 12. März 2000 mit 82% Nein-Stimmen abgelehnt.
- [Rz 63] Ob Bestimmungen zulässig sind, die Ergebnisgleichheit zum Ziel haben, dafür auf Geschlechterungleichheit auf der Ebene des Tatbestandes zurückgreifen, ist in der Schweiz umstritten.<sup>85</sup> In der schweizerischen Lehre wird jedoch mehrheitlich die Zulässigkeit von Quoten bei politischen Rechten vertreten.<sup>86</sup>
- [Rz 64] Zweitens bieten Normen, die in Berücksichtigung unterschiedlicher Lebenswirklichkeiten von Frauen und Männern die Rechte und Rechtsfolgen in bestimmten Bereichen je nach Geschlechtszugehörigkeit unterschiedlich gestalten, eine Möglichkeit zur Durchsetzung der Chancengleichheit. Spätestens im Zuge der rechtlichen Gleichstellung sind solche Bestimmungen abgeschafft worden. Immerhin wurde noch gegen die Erhöhung des Frauenrentenalters oder die Abschaffung des Nachtarbeitsverbots für Frauen argumentiert, die geschlechterdifferenzierenden Bestimmungen seien aufgrund unterschiedlicher Lebensentwürfe und –umstände gerechtfertigt. Auch gab es Widerstand gegen die Umbenennung des Tatbestandes des Frauenhandels in einen Tatbestand des Menschenhandels.<sup>87</sup>

## 6. Kritik an der Geschlechterdifferenz als Ausgangspunkt rechtlicher Konzepte

- [Rz 65] Die Ansätze der Geschlechterdifferenz waren und sind deshalb von Bedeutung, weil sie dazu beigetragen haben, die theoretischen und praktischen Unzulänglichkeiten und Grenzen klassischer Gleichheitskonzeptionen aufzuzeigen. Insbesondere die vielen differenztheoretischen Ansätzen zu Grunde liegende Botschaft, Gleichheit sei als Hierarchisierungsverbot zu verstehen, hat die Legal Gender Studies ein grosses Stück weiter gebracht.



Die Problematik aller Ansätze, die eine binär strukturierte Geschlechterdifferenz und möglicherweise auch aktuelle Rollenbilder als Ausgangspunkt rechtlicher Überlegungen nehmen, ist allerdings hinlänglich bekannt und diskutiert: Sie bekräftigen die Dichotomisierung entlang der Achse Mann/Frau. Sie bestätigen damit die dem Herrschaftsdiskurs zwingend zu Grunde liegende Differenz, die Geschlechterdifferenz, die ein Produkt der bürgerlichen Moderne und ein zentrales Element des modernen heterosexuellen Geschlechterdiskurses ist.<sup>88</sup> Die Bezugnahme auf die Kategorie Geschlecht oder auf die Kategorie «Frau» gibt zudem vor zu wissen, was Frauen sind und suggeriert eine statische Kategorie. Damit wird ignoriert, dass jede Realität (auch) Produkt eines vielschichtigen Konstruktionsprozesses ist. Insbesondere in Ansätzen, welche lediglich eine andere Wertung und rechtliche Anerkennung weiblicher Attribute und Tätigkeiten beinhalten, übernimmt das Recht Zuschreibungsprozesse, die es eigentlich überwinden möchte. Weiblichkeit wird produziert und normativ bestimmt, vorherrschende Rollenbilder werden perpetuiert. Teilweise wird Weiblichkeit in geradezu essentialistischer Weise totalisiert.<sup>89</sup> Sowohl die Relativität der Kategorie Geschlecht wie auch die Pluralität tatsächlicher Lebensverhältnisse finden keine Berücksichtigung. Kompensatorische Bestimmungen oder Rechte hingegen bergen die Gefahr der Stigmatisierung von Frauen als «förderungswürdig» in sich und produzieren auf der symbolischen Ebene ein Opferbild, das fatale Folgen haben kann und auch immer weniger die Komplexität von Verhältnissen zu beschreiben vermag.<sup>90</sup> Die Gefahr ist jedenfalls gross, dass auf dem Feld der Zweigeschlechtlichkeit das fortgeschrieben wird, was kritisch zu begutachten Kernaufgabe der Legal Gender Studies ist.<sup>91</sup>

## VII. Rechtliche Konstruktionen von Geschlecht

- [Rz 67] Die jüngeren Beiträge zur Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft gehen denn auch einen Schritt weiter. Sie diskutieren nicht nur, wie Recht die Differenz beziehungsweise Ungleichheit der Geschlechter verstanden als Chancen, Perspektiven, Handlungsspielräume und soziale Lagen unter dem Deckmantel der Neutralität mitproduziert, sondern wie es Geschlecht selbst konstruiert. Im Fokus der kritischen Analyse steht das Konzept der Zweigeschlechtlichkeit.
- [Rz 68] Wesentlicher Ansatzpunkt von Rechtskritik und Rechtsanalyse ist die Tatsache, dass das Recht nur zwei Geschlechterkategorien kennt, männlich und weiblich. Die Zuordnung wird bei Geburt vorgenommen<sup>92</sup> und bleibt bestimmend für das ganze Leben. Dass die bislang selbstverständliche und als natürlich begriffene Zweigeschlechtlichkeit nun hinterfragt wird, verdanken wir zum Beispiel den Phänomenen der Transsexualität und der Intersexualität.
- [Rz 69] Transsexualität meint die Diagnose einer Inkongruenz zwischen dem biologischen und dem sozialen Geschlecht im Sinne einer Abweichung von der Norm der Koinzidenz.<sup>93</sup> Sie stellt die «Natürlichkeit» der Geschlechter in Frage und zweifelt gewohnte Ordnungskategorien an. Die vermeintliche Selbstverständlichkeit des biologischen Geschlechts als unabänderliche Kategorie und Grundlage von Geschlechtsidentität und heterosexueller Subjektivität erfährt eine Erschütterung.<sup>94</sup> Die registerrechtliche Verarbeitung einer Geschlechtsumwandlung ist in der Schweiz möglich. Unter bestimmten Voraussetzungen ist mithin eine rechtliche Änderung des Geschlechts zugelassen. Welche Voraussetzungen dafür gegeben sein müssen ist jedoch gesetzlich nicht geregelt. Deshalb mussten die mit Anträgen von Transsexuellen konfrontierten kantonalen Gerichte die Kriterien für die rechtliche Geschlechtsumwandlung selbst entwickeln. Diese Urteile geben Aufschluss darüber, wie die Zuordnung zu einem Geschlecht erfolgen soll. Auch dokumentieren sie die in der betreffenden Zeit sozial akzeptierten und gängigen Vorstellungen über Geschlechterrollen, und sind gleichsam Beispiele dafür, wie das Recht an der Konstruktion von Geschlecht teilnimmt.



Die Gerichte sehen einen Wechsel des Geschlechts dort für angebracht, wo eine grösstmögliche Annäherung von Körper und Verhalten an die für das andere Geschlecht gültige Norm vorliegt. Die Geschlechterordnung war zur Zeit der ersten Entscheide noch klar geprägt von unterschiedlicher rechtlicher Behandlung und Rollenzuweisungen; entsprechend werden in diesen Urteilen denn auch die Unterschiede in den Verhaltensweisen und Rollen von Männern und Frauen hervorgehoben. Die Begründungen für oder gegen den rechtlichen Geschlechtswechsel orientieren sich nicht nur am Sex in der Form von äusserlichen Geschlechtsmerkmalen, sondern auch am Gender, dem normgemässen Geschlechtsrollenverhalten.<sup>95</sup> Jüngere Entscheide und Literatur widerspiegeln die im Zuge der Frauenbewegung erreichte Sensibilisierung für starre geschlechtsspezifische Verhaltensnormen. Die Zuordnung zum neuen Geschlecht wird nun allein aufgrund der medizinischen Bestätigung der Entfernung der ursprünglichen Geschlechtsteile und der fehlenden Fortpflanzungsfähigkeit vorgenommen.<sup>96</sup> Da auch die medizinische Konstruktion des Transsexuellen an der Bipolarität orientiert ist, wird das reduzierte Angebot an rechtlichen Geschlechtskategorien nach wie vor nicht in Frage gestellt. Unangetastet bleibt auch die Verbindung von Gender als sozialem Geschlecht mit Sex, also körperlicher Geschlechtlichkeit. Inkongruenzen, körperlich und sozial nicht übereinstimmende Formen von Geschlechtsidentität, wie sie Transsexuelle wählen, die eine Operation ablehnen, bleibt die rechtliche Anerkennung verschlossen.

[Rz 71] Intersexualität stellt die Zweigeschlechtlichkeit als solche in Frage. Sie macht deutlich, dass Biologie und Physiologie «eine weitaus weniger trennscharfe und weniger weitreichende Klassifizierung [treffen] als manche Sozialwissenschaft (und das Alltagsbewusstsein) und [...] ein sehr viel differenzierteres Bild des scheinbar so wohlumrissenen binären biologischen Geschlechts [entwerfen]. Männliches und weibliches Geschlecht sind nicht zwei entgegengesetzte, einander ausschliessende Kategorien, sondern vielmehr ein Kontinuum [...]»<sup>97</sup> Seit den 50er Jahren wird in denjenigen Fällen, in denen bei Geburt die Genitalien uneindeutig sind, chirurgisch eingegriffen. Im Wesentlichen geht es darum, durch ein eindeutiges biologisches Geschlecht auch die Bildung klarer kultureller Geschlechtlichkeit sicherzustellen, welche dann wiederum einen biologischen Niederschlag findet.<sup>98</sup> Auch die obligatorische rechtliche Geschlechterfixierung wird erleichtert. Inzwischen nehmen Zweifel und Kritik an den geschlechtszuweisenden Operationen zu, nicht nur, weil die Notwendigkeit solcher Eingriffe keineswegs bewiesen ist, sondern vor allem, weil die Leidenswege der Betroffenen allmählich an die Öffentlichkeit gelangen. Das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit Intersexueller rückt langsam ins Blickfeld des medizinisch-rechtlichen Diskurses.<sup>99</sup>

[Rz 72] Die Gemeinsamkeiten der rechtlich-medizinischen Behandlung von Transsexualität und Intersexualität sind evident: Die heutige Gesetzgebung und Praxis mit ihrer festgeschriebenen dualistischen Konzeption determiniert in starkem Masse die Identitätsbildung inner- und ausserhalb biologischer Geschlechtskategorisierungen. Dies zumal biologische Tatsachen zu Rechtsprinzipien gemacht werden, und das rechtlich-medizinisch identifizierte biologische Geschlecht eine sozial-strukturierende Grösse ist. Geraten die «natürlichen» Kongruenzen ins Wanken oder fehlt es an der präsumierten Eindeutigkeit, so versucht die rechtliche und medizinische Praxis mühsam die verwischten Grenzen (wieder) nachzuzeichnen. Nun erweist sich für viele Transsexuelle und Intersexuelle die schmerz- und opferreiche Anpassung an eine Norm als Ausdruck ein und desselben unterdrückenden Geschlechtersystems. Eine Befreiung ist nur durch die Dekonstruktion von Zweigeschlechtlichkeit und Neudefinition von Geschlechtskategorien möglich, welche Raum lassen für multiple und variable Identitäten. Das Rechtssystem, das in seiner Wirkungsweise als Produzent von Geschlechtsidentitäten erscheint, müsste eine Geschlechtswahl und Geschlechtsselbstbestimmung jenseits von anatomischen Zwängen zulassen. Plädiert wird für eine zukünftige Gesetzgebung und Praxis, die den vielfältigen Widerständen gegen das Diktat der Zweigeschlechtlichkeit und die ständige Reproduktion von Geschlechterordnung mit Ansätzen jenseits eindeutiger Zweigeschlechtlichkeit nachgibt. Dafür ist eine rechtliche Anerkennung der Selbstdefinition und -identifikation, von Zwischenräumen, Ambivalenzen und «multiple-identities», der Möglichkeit der Wandlung notwendig. Eine offenere Konzeption von Geschlecht, welche Inkongruenzen biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechteridentitäten und -kategorisierung «erträgt», muss nicht nur die strikt binäre Struktur aufgeben, sondern darüber hinaus die

Bedeutung des Geschlechts als ordnungspolitisches Merkmal grundlegend hinterfragen.

[Rz 73] In der Perspektive ist also zu fragen, ob das Recht an der Kategorie «Geschlecht» als Strukturelement und Referenzpunkt überhaupt festhalten sollte,<sup>100</sup> ob die amtliche Registrierung von Menschen als entweder männlich oder weiblich notwendig ist. Die Abschaffung der rechtlichen Kategorie Geschlecht hätte freilich insofern eine befreiende Wirkung, als Biologisierung, Ontologisierung und Essentialisierung der Differenz rechtlich keine Absicherung mehr finden würden. Rechtliche Schauplätze der Konstruktion und Reproduktion der Bipolarität der Geschlechter wären abgebaut. Freilich sind drei Einwände besonders zu beachten: Erstens sind die mit männlichen und weiblichen Körpern verbundenen Inhalte nicht einfach abzustreifen, und was sich «hinter» der Konstruktion verbirgt, ist nichts.<sup>101</sup> Die dem hegemonialen Geschlechterdiskurs zugrundeliegende Bipolarität der Geschlechter kann durch die Abschaffung der rechtlichen Kategorie Geschlecht nicht einfach aufgehoben werden. Weiter geht MacKinnon, die meint: «Im Leben werden «Frau» und «Mann» weithin als Merkmale des Daseins erfahren, nicht als Konstrukte der Wahrnehmung, der kulturellen Interventionen oder der erzwungenen Identitäten.»<sup>102</sup> Zweitens müsste auf den Vergleich zwischen Männern und Frauen verzichtet werden, ein Vergleich, der für jeden Gleichberechtigungsartikel zentral ist. Drittens ist fraglich, ob eine Infragestellung oder Erschütterung des geltenden Massstabes und die Durchsetzung anderer Werte beziehungsweise die rechtliche Anerkennung anderer Lebenszusammenhänge und Bedürfnisse möglich ist, ohne auf das Geschlecht zu rekurren.<sup>103</sup> Die Formulierung einer rechtlichen Perspektive, die ohne die Kategorie «Geschlecht» auskommt würde aber verdeutlichen, dass das zur Zeit vorherrschende Zweigeschlechtermodell dem gesellschaftlichen Wandel zugänglich ist. Und die Komplexität wäre in jeder Hinsicht wieder hergestellt.

[Rz 74] Jedenfalls eröffnet dieser diskursanalytische und poststrukturalistische Ansatz in der rechtlichen Geschlechterforschung neue Untersuchungsfelder. Es wäre ausserordentlich wichtig, familienrechtliche Urteile, Gesetzgebungsprozesse dokumentierende Akten, oder wissenschaftliche Abhandlungen in den verschiedensten Rechtsgebieten dahingehend zu untersuchen, welche Vorstellungen von Geschlecht ihnen zu Grunde liegen und wie sie an Konstruktionsprozessen von Geschlecht und Zweigeschlechtlichkeit teilhaben.

## **VIII. Perspektiven: Von Spannungsbögen, Forschungsfeldern und vom Potential der Gender Studies im Recht**

[Rz 75] Der juristische Diskurs nimmt an der Konstruktion von Wirklichkeit, von Geschlechterverhältnissen teil und ist dafür mit einer besonderen Macht ausgestattet.<sup>104</sup> Hegemonial ist er in dem Sinne, als er normativ ist, und die Normierung Normalität hervorbringt.<sup>105</sup> Dies ist für die Legal Gender Studies grundlegende Erkenntnis und Untersuchungsobjekt zugleich. Das Geschlecht in kritischer Absicht als analytische Kategorie der rechtswissenschaftlichen Forschung zu betrachten ist freilich eher neu und noch keineswegs selbstverständlich.<sup>106</sup> Dennoch haben die Legal Gender Studies bereits eine bewegte Geschichte. Es ist deutlich geworden, dass die jeweiligen Forschungsfragen in der «meist impliziten Bezugnahme auf ein bestimmtes Verständnis von Geschlecht gestellt werden.»<sup>107</sup> Während die älteren Geschlechterstudien im Recht nach der Stellung von Frauen als biologisch und sozial klar bestimmbar Kategorie im Strafrecht und Familienrecht fragten, geht es heute eher um die Fragen, welche Wertungen und Konnotationen geschlechtsneutralen Normen zu Grunde liegen und, einen Schritt weitergehend, wie Männlichkeit und Weiblichkeit in und durch das Recht als Teil eines komplexen Diskurses konstruiert werden.

[Rz 76] Die aufgezeigten Spannungsfelder werden die Geschlechterstudien im Recht weiter beschäftigen müssen. Glaubte man zum Beispiel die Frage nach Gleichheit und Differenz mit den neuen poststrukturalistischen Ansätzen für

kurze Zeit als überwunden, so dominiert heute wohl die Erkenntnis, dass solche zwar sehr viel produktives Potenzial haben und deshalb im Rahmen der Legal Gender Studies unerlässlich sind. Sie sind allerdings eher als Ergänzung und nicht als Ersatz für die traditionellen Forschungsfragen zu sehen.<sup>108</sup> Einigkeit besteht zudem darin, dass das Verbot der rechtlichen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wahrscheinlich den Anfang der modernen rechtlichen Geschlechterstudien markierend, nur den minimalen Konsens auf der Suche nach maximaler Chancengleichheit darstellt.<sup>109</sup> In jüngerer Zeit aber ebenfalls eingestellt hat sich die Erkenntnis, dass Spannungsfelder und Widersprüchlichkeiten auszuhalten und nicht aufzulösen sind.<sup>110</sup> Und dass eine auf Ungleichheit und Diskriminierung fokussierte Betrachtungsweise zu kurz greift.

[Rz 77] Das meines Erachtens schwierigste Spannungsfeld ist das Folgende: Das Recht ist auf ein «wir» angewiesen, ein «wir», das – so lehren uns postmoderne TheoretikerInnen – suspekt ist, zumal es erstens das suggerierte Kollektiv gar nicht gibt, und zweitens dieses «wir» nichts weiter als einen historischen Augenblick markiert, ein Produkt sozialer Konstruktion ist. Doch wie gesagt: Ein Recht ohne «wir» ist nicht denkbar, in einem demokratischen Staat vertritt das Recht das «wir» und bringt einen gesellschaftlichen Konsens zum Ausdruck. Einer pluralen Realität kann man – wenn überhaupt – nur durch ein offenes Recht gerecht werden. Recht muss allgemein gelten und kann deshalb kaum die notwendige Sensibilität für Pluralität aufbringen. Doch selbst wenn man annimmt, es könne dies: Das Recht ist gezwungen, auf stereotype Sachverhalte abzustellen, und will es viele derselben erfassen, so darf es nur wenige Präzisierungen vornehmen. Ein auf die unterschiedlichsten Bedürfnisse eingehendes Recht ist notwendigerweise ausschliessend und einengend. Daraus ist zu folgern, dass eine plurale Realität im Rahmen der Gesetzgebung in Generalklauseln am besten aufgehoben ist. Das heisst, dass Regelungsdichte und Präzision von Gesetzen – von den feministischen Rechtswissenschaften häufig verlangt um den Lebensbedingungen von Frauen gerecht zu werden<sup>111</sup> – in gewissen Bereichen aufgegeben werden müssten. Das würde gleichzeitig bedeuten, dass sich die Auseinandersetzung um ein geschlechtersensibles und geschlechtergerechtes Recht auf die Ebene der Rechtsanwendung beziehungsweise -auslegung verlagert, wo die normativen Vorgaben ihre Konkretisierung erlangen. Das wiederum birgt gewisse Gefahren, zumal Rechtsanwendungsprozesse wesentlich intransparenter und schwieriger zu beeinflussen sind als Rechtsetzungsverfahren.<sup>112</sup>

[Rz 78] Betrachten wir die Perspektiven der Gender Studies für die Rechtswissenschaft ergibt sich folgendes Bild: Der rechtstheoretische Rahmen und die darauf beruhenden Regelungen bedürfen der ständigen geschlechtersensiblen und geschlechterfokussierten Überprüfung, und zwar sowohl die dahinterliegenden Grundannahmen, die symbolische Ordnung an sich wie auch die Wirkungen von Rechtsnormen. In der Rechtswissenschaft setzt sich zunehmend die – eigentlich selbstverständliche – Ansicht durch, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in den Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsprozess einbezogen werden sollten. Damit können Lebensnähe und Problemlösungsfähigkeit des Rechts garantiert werden. Hierin liegt eine Perspektive der Gender Studies im Recht: Findet Wissen über Geschlechterrealitäten im Recht Eingang, können auch die Geschlechterblindheit des Rechts aufgedeckt und viele Thesen dem Bereich des Spekultativen entzogen werden.<sup>113</sup> Die Geschlechterstudien im Recht kommen aber auch nicht ohne Theoriebildung, welche die Gender Studies leisten, aus – das haben die vielen Beispiele gezeigt. Andererseits, so meine ich, sind die Rechtswissenschaften auch für andere Disziplinen von grosser Bedeutung: Erstens verarbeitet das Recht einen gesellschaftlichen Konsens, bringt also etwas zum Ausdruck, was zum Beispiel die Geschichtswissenschaft interessieren muss. Zweitens stellt das Recht einen Code, eine Ordnung dar, die auf alle Lebensbereiche strukturierend wirkt. Mit dieser Definitionsmacht haben sich auch die anderen wissenschaftlichen Disziplinen auseinanderzusetzen.<sup>114</sup>

[Rz 79] Zum Schluss zu den Perspektiven der Legal Gender Studies selbst: Eine der grossen aktuellen Herausforderungen der Legal Gender Studies ist meines Erachtens, sich vom dualistischen Geschlechterkonzept endgültig zu verabschieden, ohne aber die sozialen und ökonomischen Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern aus dem Blickfeld zu verlieren. Das ist sozusagen das Dilemma.<sup>115</sup>

Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft soll schliesslich im Verhältnis zwischen Theorie und rechtlicher wie politischer Praxis transferierend bleiben. Durch die neuen Ansätze und theoretischen Konzepte ist eine gewisse kreative Unruhe entstanden. Und das ist gut so.

---

Leicht überarbeitete Fassung einer Vorlesung gehalten im Rahmen der Ringvorlesung «Einführung in die Geschlechterstudien» an der Universität Basel im SS 2003. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Vorlesung richtete sich an eine interdisziplinär zusammengesetzte Gruppe von Studierenden, die Rechtswissenschaften waren dabei nicht vertreten. Rechtskenntnisse konnten deshalb nicht vorausgesetzt werden.

Ich danke lic. iur. Monika Pfaffinger ganz herzlich für die wertvolle Unterstützung.

---

## **Literaturverzeichnis**

Arioli Kathrin, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, 1327 ff.;

Arioli Kathrin, Sind Quoten wirksame Mittel zur Frauenförderung? Stand der Diskussion in der Schweiz, in: Abteilung für die Gleichstellung von Frauen und Männern der Universität Bern (Hrsg.), Frauen im Recht, Kindsmörderinnen und Richterinnen - Quoten und soziale Sicherheit, Bern 2000, 61 ff. (zit.: Quoten);

Bahr-Jendges Jutta, Grenzgänge. Der feministische Blick in Rechtstheorie und Praxis, Streit 1990, 99 ff.;

Baer Susanne, Inklusion und Exklusion. Perspektiven der Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft, in: Verein pro FRI (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, 33 ff. (zit.: Inklusion und Exklusion);

Baer Susanne, Rechtswissenschaft, in: von Braun / Stephan, Gender Studien. Eine Einführung, Stuttgart / Weimar 2000, 155 ff.;

Barone Anne-Marie, Les femmes, la justice et le droit: L'exemple des violences sexuelles, in: Verein pro FRI (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, 183 ff.;

Baumann Katerina / Lauterburg Margareta, Teilen? Teilen!, FamPra.ch 2003, 745 ff.

Berghahn Sabine, Geschlechterverhältnisse und staatliche Intervention, Zeitschrift für Sozialistische Politik und Wirtschaft 2001, 47 ff. ;

Bigler-Eggenberger Margrith, Überschuss und Manko bei Ehetrennung und Ehescheidung – ein Problem rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellung von Frau und Mann?, in: Geiser / Koller / Reusser / Walter / Wiegand (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung. Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, FS

für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 189 ff.;

Bigler-Eggenberger Margrith, Probleme der Gleichstellung der Geschlechter in der Sozialversicherung, in: Abteilung für die Gleichstellung von Frauen und Männern der Universität Bern (Hrsg.), Frauen im Recht, Kindsmörderinnen und Richterinnen-Quoten und soziale Sicherheit, Bern 2000, 79 ff.;

Binkert Monika / Wyss Kurt, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht. Eine empirische Untersuchung an sechs erstinstanzlichen Gerichten, Basel / Frankfurt am Main 1997;

Bühler Andrea, Eherecht und Geschlechterkonstruktion. Ein Beitrag zur Abschaffung der institutionalisierten Zweigeschlechtlichkeit, in: Verein pro FRI (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, 59 ff.;

Bühler Andrea, Gewalt in Ehe und Partnerschaft. Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel / Genf / München 1998 (zit.: Gewalt);

Bühler Andrea / Cottier Michelle, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, FamPra.ch 2002, 20 ff.;

Buser Denise, Perspektiven der Gerechtigkeit: Weibliche Handlungsräume im Recht, in: Verein pro FRI (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, 11 ff.;

Buser Denise / Poledna Thomas, Politische Quoten auf dem Schafott – Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur «Solothurner Quoteninitiative», AJP 1997, 981 ff.;

Dahl Tove Stang, Frauenrecht. Eine Einführung in feministisches Recht, Bielefeld 1992;

Degen Barbara, Justitias missratene Töchter – Feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, Streit 1993, 43 ff.;

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, Frauen Macht Geschichte. Frauen- und gleichstellungspolitische Ereignisse in der Schweiz 1848 - 1998, Loseblattsammlung, Bern 1998;

Emmenegger Susan, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Diss. Freiburg 1999;

Frevert Ute, Das Geschlecht des Politischen, in: Blattmann / Meier (Hrsg.), Männerbund & Bundesstaat. Über die politische Kultur der Schweiz, Zürich 1998, 36 ff.;

Frommel Monika, Feministische Rechtskritik und Rechtssoziologie – Rekonstruktion eines disziplinären Missverständnisses, KJ 26, 1993, 164 ff.;

Gildemeister Regine / Wetterer Angelika, Die soziale Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit und ihre Reifizierung in die Frauenforschung, in : Knapp / Wetterer (Hrsg.), Traditionen – Brüche. Entwicklungen feministischer Theorie, Freiburg i. Br. 1992, 201 ff.;

Gilligan Carol, Die andere Stimme. Lebenskonflikte und Moral der Frau, München 1984. (Original: In a Different Voice, Cambridge, Mass. 1984);

Häfelin Walter / Haller Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. Zürich 2001;

Hangartner Yvo, Diskriminierung: ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 2003, 97 ff.;

Helbling Gianfranco, Das völkerrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in einem plurikulturellen Kontext. Das Beispiel des Schutzes der Menschenrechte muslimischer Frauen in westlichen Ländern, Diss. Zürich 2001;

Holthöfer Ernst, Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München 1997, 390 ff.;

Holzleithner Elisabeth, Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung, Wien 2002;

Kägi-Diener Regula, Frauen in rechtlichen Verfahren? Prozesse unter der Lupe, AJP 2002, 1387 ff. (zit.: Verfahren);

Kägi-Diener Regula, Gender Studies – vom Geheimcode zum Schlüsselwort? Was bringt die Gender-Perspektive dem Recht?, AJP 2001, 371 ff.;

MacKinnon Catharine A., Auf dem Weg zu einer feministischen Jurisprudenz, Streit 1993, 4 ff.;

MacKinnon Catharine A., Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge / London 1991 (zit.: Feminist Theory of the State);

Maihofer Andrea, Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, Frankfurt am Main 1995;

Majer Dietmut, Frauen in der Rechtswissenschaft, AJP 1993, 1372 ff.;

Platt Sabine, Feministische Rechtswissenschaft zwischen Gleichheit vor dem Gesetz und Differenz der Geschlechter, Streit 1994, 56 ff.;

Ryter Annamarie, Die Geschlechtsvormundschaft in der Schweiz: Das Beispiel der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München 1997, 494 ff.;

Schwenzer Ingeborg, Über die Beliebigkeit juristischer Argumentation, FamPra.ch 2000, 24 ff.;

Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel / Genf / München 2000 (zit.: PraxKomm);

Sokol Bettina: Feministische Rechtspolitik – rechtliche Diskriminierung und Gleichberechtigungskonzepte, Streit 1989, 3 ff.;

Weber-Dürler Beatrice, Aktuelle Aspekte der Gleichstellung von Mann und Frau, ZBJV 1992, 357 ff.;

West Robin, Jurisprudence and Gender, in: Smith (Hrsg.), Feminist Jurisprudence, New York 1993, 493 ff.

---

<sup>1</sup> Der Begriff der Feminist Jurisprudence scheint auf einen im Jahre 1981 erschienenen Artikel von Anne Scales, «Towards a Feminist Jurisprudence», zurückzugehen. Vgl. Emmenegger, 1.

- 2 Zum Verhältnis von feministischer Rechtswissenschaft und Legal Gender Studies siehe Holzleithner, 22. Danach haben die Legal Gender Studies ihren Ausgangspunkt in der «Feminist Jurisprudence», wie sie in den USA seit etwa 30 Jahren betrieben wird. Die Legal Gender Studies beanspruchen aber für sich umfassender zu sein als die feministische Rechtswissenschaft.
- 3 Vgl. Baer, Inklusion und Exklusion, 35.
- 4 Vgl. Baer, Inklusion und Exklusion, 37 ff.
- 5 Zum Recht als Diskurs vgl. Holzleithner, 14. Sie definiert den Rechtsdiskurs wie folgt: «Komplexe Verbindung aus dogmatischer Rechtslehre, Gesetzen in ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung, rechtsphilosophischen Texten, Lehre an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten, rechtlichen Institutionen, Rechtsverhältnissen, Alltagsverständnissen von Recht, staatlichen Institutionen wie Gefängnis, Polizei, Gericht etc. Diese werden durch verschiedene Manifestationen z.B. in Symbolen (Flagge) oder Uniformen abgestützt. Ein wesentliches Merkmal des Rechtsdiskurses ist seine Heterogenität und Vielschichtigkeit, manchmal auch Widersprüchlichkeit.» Vgl. auch Maihofer, 80.
- 6 Vgl. zum Konzept des Gender Mainstreaming ausführlich Holzleithner, 85 ff.
- 7 Sokol, 3 ff., vgl. auch Mejer, 1375 ff.
- 8 Vgl. Art. 129 Abs. 3 ZGB und Schwenzer, 33.
- 9 Vgl. dazu Schwenzer, PraxKomm, 312 f.
- 10 Vgl. Art. 129 Abs. 1 ZGB und Schwenzer, 33.
- 11 Vgl. dazu die Pressemitteilung der SP-Frauen Schweiz vom 11. Februar 2000 unter [http://www.sp-frauen.ch/d/aktuell/medien/20000211\\_koordinationsabz.htm](http://www.sp-frauen.ch/d/aktuell/medien/20000211_koordinationsabz.htm), besucht am 7. Dezember 2003.
- 12 Vgl. dazu BGE 119 1a 241 ff. = Pra. 83 Nr. 105 und den Bundesgerichtsentscheid vom 14. Januar 1998 (2P 133/1995).
- 13 Vgl. dazu Art. 99 zum Mord gemäss der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918: «Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, um die Begehung eines andern Vergehens zu verdecken oder zu erleichtern, mit besonderer Grausamkeit, heimtückisch, (...), so wird er mit lebenslanglichem Zuchthaus bestraft.».
- 14 BGE 122 IV 1 ff. = Pra. 85 Nr. 191.
- 15 BGE 122 IV 1 ff. = Pra. 85 Nr. 191.
- 16 Das Bundesgericht hat in BGE 122 IV 1 ff. in einer solchen Situation einen entschuldigenden Notstand geprüft: Die Frau und Mutter von fünf Kindern wurde während Jahren von ihrem Mann aufs Schwerste misshandelt. Als Folge musste sie sich eines Tages unterernährt in Spitalpflege begeben, wo mehrere Blutgeschwülste, verteilt über den ganzen Körper und verschiedensten Alters, festgestellt wurden. Aus der Pflege zurückgekehrt, trat der Mann ihr mit einem Revolver entgegen und sagte ihr, dass derselbe für sie gedacht sei. Als sie abends zu Bett gingen bemerkte er, dass er sie bereits umgebracht hätte, wenn die Kinder zuvor nicht so geschrien hätten, als er ihr die Waffe zeigte. Alsdann legte er den Revolver unter sein Kopfkissen. Nachdem der Mann eingeschlafen war, überlegte die Frau während etwa 20 Minuten ihr weiteres Vorgehen. Überzeugt davon, dass ihr Mann seine Drohung verwirklichen würde, nahm sie die Waffe und erschoss ihn. Die urteilenden Gerichte verneinten, mangels Vorliegen eines unmittelbaren Angriffs, eine Notwehrsituation. Das Bundesgericht sprach sich aber für die Annahme eines entschuldigenden Notstandes aus, der es erlaubten würde, die Frau von Schuld freizusprechen.
- 17 Vgl. Platt, 62.
- 18 Vgl. Degen, 44, welche meint, die gesamten Kodifikationssysteme der Rechtsordnungen mit ihren Unterscheidungen, Schwerpunktsetzungen und Referenz- und Anknüpfungspunkten seien trotz der Neutralität geschlechterhierarchisch.
- 19 Art. 160 ZGB, Art. 30 Abs. 2 ZGB und Art. 161 ZGB.
- 20 Siehe dazu [http://www.kofrah-codofuhs.ch/aktivitaeten/Botschaft\\_04\\_07.pdf](http://www.kofrah-codofuhs.ch/aktivitaeten/Botschaft_04_07.pdf), besucht am 7. Dezember 2003.
- 21 Eine mögliche Erklärung ist darin zu sehen, dass die Untersuchungsmethoden, die zur Anwendung kommen müssten, den Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern weitgehend fremd sind. Empirische und diskursanalytische Forschungsansätze werden in der Rechtswissenschaft nicht erlernt.
- 22 Vgl. Binkert / Wyss, 1.
- 23 Vgl. Binkert / Wyss, 33 ff. und 301.
- 24 Vgl. Binkert / Wyss, 301.
- 25 Vgl. dazu Binkert / Wyss, 304.
- 26 Vgl. Baumann / Lauterburg, 745 ff.
- 27 Vgl. ausführlich Bigler-Eggenberger, 189 ff., insbesondere 199 ff.
- 28 Das Abtreibungsverbot wird unter anderem als Kontrolle über den Körper und das Schicksal der Frau gesehen; vgl. statt Vieler MacKinnon, 11.
- 29 Bahr-Jendges, 104, zum Beispiel meint: «Die Distanz der Frauen zum Recht ist meines Erachtens aber auch selbst affirmativ. Abstraktes Recht wird er-kannt aber auch an-er-kannt, als die männliche verallgemeinerte wie auch autorisierte Erfahrung der Welt. Frauen im Recht fühlen sich selbst ins «andere» gesetzt, einer Rolle zu-ge-ordnet, ohne Rollen selbst bestimmen oder wechseln zu können.»
- 30 Vgl. BGE 122 I 267 ff., wo das Bundesgericht die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung an eine Ausländerin und deren Kinder als gerechtfertigt beurteilte: Der Ehemann war seit 1988 als Saisonnier in der Schweiz tätig, Ehefrau und Kinder kamen im Familiennachzug 1992 in die Schweiz. Er war Inhaber einer Niederlassungsbewilligung. Das Gesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern vom 26. März 1931 sieht einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Ehegattin eines Niedergelassenen nicht bei nur formellem Bestand einer Ehe vor, sondern fordert zusätzlich, dass diese intakt ist; vgl. Art. 17 Abs. 2 ANAG i.V.m. Art. 4 ANAG. Da die Frau infolge der Gewalttätigkeiten des Ehemannes die gemeinsame Wohnung verliess, fehlte es am ehelichen Zusammenleben. Trotz guter



Integration von Frau und Kindern erachtete das Bundesgericht eine Rückkehr in den Heimatstaat als zumutbar. Eine Revision dieser Bestimmung zugunsten von mehr Sicherheit für gewaltbetroffene Frauen ist geplant.

- 31 Vgl. dazu Kägi-Diener, Verfahren: Da Frauen das Recht regelmässig weniger nutzen würden als Männer und nur ungern den Rechtsschutz durch das Gericht suchen, weist sie auf die Notwendigkeit hin, rechtliche Verfahren so auszugestalten, dass sie sowohl Männern als auch Frauen eine geeignete Form bieten, um sich Recht zu verschaffen. Die Autorin stellt fest, dass in Prozessen weiblichen Denk- und Kommunikationsformen zu wenig Rechnung getragen wird. Um Frauen einen angemessenen Platz in rechtlichen Verfahren zukommen zu lassen und damit deren Rechtsschutz effektiver zu machen plädiert sie für Anpassungen auf zweierlei Ebenen: Zunächst müssten institutionelle Änderungen erfolgen im Sinne einer stärkeren Repräsentation der Frauen als Richterinnen und Anwältinnen. Eine verstärkte Auseinandersetzung mit geschlechterspezifischen Rollen durch die an der Rechtsfindung Beteiligten sei unerlässlich. Auf der anderen Seite müssten prozedurale Anpassungen hin zu einer verstärkt auf ein gemeinsames Entwickeln ausgerichteten Kommunikationskultur vorgenommen und die Pluralisierung von legitimierten Verfahren angestrebt werden.
- 32 Frommel, 165, 171 ff. verweist auf und kritisiert die entsprechende Begrifflichkeit und empirischen Untersuchungen von Rüdiger Lautmann.
- 33 In diesem Zusammenhang wird von «cultural feminism» – dies im Unterschied zu «radical feminism» – gesprochen. Dieser differenztheoretische Ansatz ist breit rezipiert aber auch kritisiert worden. Vgl. dazu Holzleithner, 34 ff., ausführlich West, 500 ff., Maihofer, insbesondere 144 ff.
- 34 Vgl. Sokol, 7.
- 35 Vgl. auch Baer, 167.
- 36 Vgl. Helbling, 74. Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass die liberale Menschenrechtstradition der Aufklärung und der dazugehörige Freiheitsbegriff nicht Frauen, sondern weisse, besitzende Männer im Fokus hatte. Vgl. ausführlich zum westlichen Gleichheitsverständnis und zur Geschlechterdialektik der Aufklärung Maihofer, 159 ff.
- 37 Zur Situation in Europa vgl. Holthöfer, 390 ff.
- 38 Zur Situation in der Schweiz vgl. ausführlich Ryter, 494 ff.
- 39 Das Stimm- und Wahlrecht für Frauen in eidgenössischen Angelegenheiten wurde in der Abstimmung vom 7. Februar 1971 mit 65,7 % der Stimmen angenommen. 1990 führte ein Entscheid des Bundesgericht dazu, dass auch der Kanton Appenzell Innerrhoden als letzter Kanton das Stimm- und Wahlrecht für Frauen einführen musste.
- 40 Der Grundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann wurde in der Bundesverfassung verankert: Art. 4 Abs. 2 aBV wurde am 14. Juni 1981 mit 60 % Ja-Stimmen vom Volk angenommen. Es handelte sich um den bundesrätlichen Gegenvorschlag zur Initiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau». Der Verfassungsartikel, mittlerweile abgelöst durch Art. 8 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung, garantiert die formale Gleichbehandlung von Frauen und Männern und verpflichtet Behörden und Gesetzgeber, bestehende Diskriminierungen zu beseitigen. Er verlangt darüber hinaus die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Bereiche Arbeit, Familie und Bildung.
- 41 Das neue Eherecht wurde in der Volksabstimmung vom 22. September 1985 mit 54,7% Ja-Stimmen angenommen, nachdem ein rechtsbürgerliches Komitee dagegen das Referendum ergriffen hatte. Mit einem Nein-Stimmenanteil von 52 % lehnten die Männer die Vorlage mehrheitlich ab.
- 42 Es enthält eine Reihe von Massnahmen gegen die Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben.
- 43 Aufschlussreich ist auch Folgendes: Das Bundesgericht musste zwischen 1981 und 1993 45 Urteile auf der Basis des Gleichstellungsartikels der Bundesverfassung fällen. 19 Beschwerden gingen von Männern aus. Vgl. Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, Heft 3.1., 6; zur Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Buser, 18 ff.
- 44 Vgl. dazu Binkert / Wyss, 302 und 239 ff.
- 45 Vgl. auch Baer, 165.
- 46 Vgl. dazu Büchler, 80 f.
- 47 Vgl. auch Berghahn, 47.
- 48 Zitiert in Frevert, 36.
- 49 Vgl. MacKinnon, Feminist Theory of the State, 164 f.: «For women, this has meant that civil society, the domain in which women are distinctively subordinated and deprived of power, has been placed beyond reach of legal guarantees», und 168: «The law of privacy treats the private sphere as a sphere of personal freedom. For men it is. For women, the private is the distinctive sphere of intimate violation and abuse, neither free nor particularly personal. Men's realm of private freedom is women's realm of collective subordination.»
- 50 Die monetäre Beurteilung der unbezahlten Arbeit führt zu einem Wert von CHF 215 Milliarden was 57.9% des herkömmlichen Bruttoinlandsproduktes der Schweiz von 1997 darstellt. Dabei leisten Frauen mit CHF 141 Milliarden oder 38% des Bruttoinlandsproduktes den Hauptteil der unbezahlten Arbeit. Vgl. dazu <http://www.oif.ac.at/presse/bzw/artikel.asp?Rubrik=3&BZWArtikel=586>. Des Weiteren ergibt die schweizerische Arbeitskräfteerhebung von 1997, dass in «reinen» Paarhaushalten 72% der Hausarbeit von der Partnerin, in Paarhaushalten mit Kindern sogar 90% von der Frau alleine erledigt wird. Vgl. dazu <http://www.statistik.admin.ch/news/archiv98/dp98061.htm>, besucht am 7. Dezember 2003. Demgegenüber ist die Erwerbsbeteiligung von Frauen im Jahr 2000 mit 58% deutlich niedriger als diejenige bei Männern mit 78%, vgl. dazu [http://www.statistik.admin.ch/stat\\_ch/ber20/thema/dtfr16.htm](http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber20/thema/dtfr16.htm), besucht am 7. Dezember 2003. Zum neusten Bericht des Bundesamtes für Statistik zur Gleichstellung in der Schweiz: <http://www.statistik.admin.ch/news/pm/0350-0312-10.pdf>, besucht am 7. Dezember 2003.
- 51 Vgl. Helbling, 178 ff.
- 52 Zwar enthält das neue schweizerische Asylrecht eine Bestimmung, wonach frauenspezifische Verfolgungssituationen zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 3 Abs. 2 AsylG.: «Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des

Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen»). Einen eigentlichen Asylgrund bilden sie aber nach wie vor nicht.

- 53 Dahl, 15.
- 54 Dahl, 23.
- 55 Zum Gegenstand des Hausfrauenrechts Dahl, 137 ff.
- 56 Zum Gegenstand des Geburtenrechts Dahl, 105 ff.
- 57 Als Beispiel dafür ist die vielerorts erfolgreich gestellte Forderung zu sehen, Gewalt in Ehe und Partnerschaft sei als gleichermassen strafwürdig wie Gewalt gegen Fremde zu behandeln, zumal auch hier ein öffentliches Interesse auf dem Spiel stehe. Vgl. Büchler, Gewalt, 199 ff.
- 58 Vgl. Baer, Inklusion und Exklusion, 36. Emmenegger, 36 f., spricht in diesem Zusammenhang vom relationalen Feminismus, der die einseitige Ausrichtung des Rechts auf männliche Werte im Visier hat, dies im Unterschied zum liberalen Feminismus.
- 59 Vgl. dazu Bigler-Eggenberger, 83 f.
- 60 Vgl. dazu Bigler-Eggenberger, 110 f.
- 61 Vgl. dazu Weber-Dürler, 375.; vgl. auch [www.jobwinner.ch/tipps/weiterbstipendien.asp](http://www.jobwinner.ch/tipps/weiterbstipendien.asp), besucht am 7. Dezember 2003.
- 62 Vgl. dazu BGE 124 II 409 ff.
- 63 Vgl. Emmenegger, 3 und 58 ff.
- 64 Vgl. dazu Emmenegger, 109 f.
- 65 Vgl. dazu Emmenegger, 113 ff.
- 66 Vgl. dazu Emmenegger, 121 ff.
- 67 Emmenegger, 125.
- 68 Vgl. auch Helbling, 76 f.
- 69 Vgl. statt Vieler Helbling, 74 f. und BGE 126 II 393 f.
- 70 Arioli, 1328; Weber-Dürler, 374 ff.
- 71 Vgl. dazu Häfelin / Haller, 219; Arioli, 1331; BGE 126 II 377 ff.
- 72 Vgl. dazu Häfelin / Haller, 78 ff., insb. 87 ff.; Arioli, 1331; a.M. bezüglich des Diskriminierungsverbots, Hangartner, 120 f., nach welchem das Diskriminierungsverbot grundsätzlich auch zwischen Privaten Geltung beansprucht.
- 73 MacKinnon, 4: «Unter Bedingungen männlicher Vorherrschaft dominiert der männliche Standpunkt die bürgerliche Gesellschaft in Form eines objektiven Standards. [...] Durch Recht vermittelt wird so erreicht, dass männliche Herrschaft als Merkmal alltäglichen Lebens, nicht jedoch als einseitige Konstruktion erscheint, die zwangsweise zum Vorteil einer herrschenden Gruppe durchgesetzt wird.»
- 74 MacKinnon, 12. Oder, auf der selben Seite: «Wenn Objektivität die epistemologische Haltung ist, deren gesellschaftlicher Prozess die Verdinglichung von Frauen darstellt, deren Auferlegung das Paradigma der Macht in seiner männlichen Form ist, dann erscheint der Staat am ungehemmtesten in der Auferzwingung der männlichen Sichtweise, wenn er dem höchsten formalen Kriterium der distanzierten Aperspektivität am nächsten kommt. Wenn er am rücksichtslosesten neutral ist, ist er am männlichsten; wenn er im stärksten Masse geschlechterblind ist, ist er im stärksten Masse blind für das Geschlecht des Massstabs, den er anwendet. Wenn er am meisten mit Präzedenzfällen übereinstimmt, mit «Fakten», mit dem Willen des Gesetzgebers, dann setzt er gesellschaftlich männliche Normen am besten um und verhindert am gründlichsten, ihren Inhalt überhaupt im Hinblick auf Geschlechtlichkeit in Frage zu stellen.»
- 75 Vgl. MacKinnon, Feminist Theory of the State, 3 f.: «As work is to marxism, sexuality to feminism is socially constructed yet constructing, universal as activity yet historically specific, jointly comprised of matter and mind. As the organized expropriation of the work of some for the benefit of others defines a class, workers, the organized expropriation of the sexuality of some for the use of others defines sex, women. Heterosexuality is its social structure, desire its internal dynamic, gender and family its congealed forms, sex roles its qualities generalized to social persona, reproduction a consequence, and control its issue.»
- 76 Vgl. Barone, 192 ff.; Büchler, Gewalt, 43 f.
- 77 Platt, 57 f., beleuchtet dies am Beispiel der Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Die Frau wird entlang ihrer Körperlichkeit, Sexualität und Fähigkeit zur Fortpflanzung sichtbar gemacht. Vergleichbare Vorschriften über Männer gibt es nicht.
- 78 Vgl. Bahr-Jendges, 102.
- 79 MacKinnon betont, die Ungleichheit sei nicht eine Frage von Gleichheit und Differenz, sondern von Herrschaft und Unterwerfung: «Wenn die Realität des Geschlechts im Auge behalten wird, ist es unmöglich, Geschlecht als Unterschied oder als Differenz zu sehen, wenn nicht die untergeordnete Stellung von Frauen selbst diese Differenz ist oder sein soll. Diese Realität der Unterordnung hat geradezu nach einer neuen Konzeption des Problems sexueller Ungleichheit, also einem neuen sowohl rechtsdogmatischen als auch rechtswissenschaftlichen Konzept von Gleichheit gerufen.» (8).
- 80 MacKinnon, 13: «Gleichheit wird Veränderung erforderlich machen, nicht Reflexion – eine neue Jurisprudenz, eine neue Beziehung zwischen Leben und Recht. (...) In dem Mass, in dem feministisches Recht den Standpunkt der Frauen einnimmt, wird gesagt werden, dass seine Gesetze nicht neutral seien. Es wird gesagt werden, dass es die Legitimität des Rechtssystems an sich unterminierte. Die Legitimität existierenden Rechts ist jedoch auf Zwang gegenüber Frauen gegründet. Frauen haben diesem Rechtsstaat nie zugestimmt – was nahe legt, dass die Legitimität des Rechtssystems eine Reparatur benötigt, die Frauen aus ihrer Position hinaus leisten könnten. Es wird gesagt werden, dass feministisches Recht

- nur den Interessen einer bestimmten Gruppe diene und dass man damit nicht erst anfangen können und wo das jemals enden solle. Existierendes Recht jedoch dient bereits nur einer bestimmten Gruppe und hatte genau dort ein Ende. Die Frage ist nicht, ob es aufhören wird, sondern ob es für irgendeine Gruppe ausser der herrschenden jemals anfängt.»
- 81 Ob dies im heutigen Sexualstrafrecht verwirklicht ist, bleibe dahin gestellt. Jedenfalls hat seit jeher eine breite und intensive Diskussion innerhalb der Legal Gender Studies darüber stattgefunden, wie Normen, welche die sexuelle Autonomie der Frau tatsächlich schützen, aussehen müssten. Vgl. zum Beispiel Holzleithner, 103 ff. Sie betont, dass Fragen rund um die sexuelle Autonomie zu den zentralen Themen der Legal Gender Studies gehören.
- 82 Vgl. Buser, 17: «Nach dem Differenzkonzept soll der asymmetrischen Ausgangssituation zwischen den Geschlechtern dadurch beigegeben werden, dass die Betonung auf den zweiten Teil der aristotelischen Gerechtigkeitsform gelegt wird. Es soll demnach nicht nur Gleiches gleich, sondern vor allem Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich behandelt werden.»
- 83 Vgl. dazu Hangartner, 115 f. und 122, welcher in diesem Bereich getroffene Massnahmen zur Behebung der faktischen Diskriminierung als zulässig betrachtet, bis ihr Ziel erreicht ist. Daher sind solche Anordnungen jedenfalls formell zu befristen.
- 84 Sokol, 11.
- 85 Zu den Quoten [BGE 123 I 152](#) ff. und [BGE 125 I 21](#) ff.; Vgl. dazu Buser / Poledna, 981 ff.; Arioli, Quoten, 61 ff.; Hangartner, 118 f.
- 86 Vgl. dazu Buser / Poledna, 986.
- 87 Vgl. Art. 202 aStGB und Art. 196 StGB.
- 88 Vgl. Maihofer, 99 f.
- 89 Vgl. auch Sokol, 7 f.
- 90 So Baer, 166.
- 91 Zur Kritik an der allgemein-theoretischen Position der Geschlechterdifferenz vgl. statt Vieler Maihofer, 156 ff., die ihrerseits aber die Möglichkeit und Perspektive einer nicht-hierarchischen Anerkennung der Geschlechterdifferenz verteidigt (168 ff.).
- 92 Das geltende Recht verlangt, dass die Geschlechtszugehörigkeit sofort bestimmt und amtlich gemacht wird: Im Laufe der ersten drei Lebensstage muss die Geburt angezeigt und damit auch Name und Geschlecht des Kindes im Geburtsregister eingetragen werden. Vgl. Art. 64 Abs. 1 und 67 Abs. 1 Ziff. 3 der Zivilstandsverordnung.
- 93 Vgl. ausführlich Büchler / Cottier, 20 ff.
- 94 Gleichzeitig setzt das Konzept der Transsexualität und die Möglichkeit des Geschlechtswechsels eine bipolare Geschlechterordnung voraus. Das Insistieren auf eine von dem vorgegebenen biologischen Geschlecht abweichende und mit diesem angeblich inkompatible Geschlechtsidentität betont nicht nur die polare Zweigeschlechtlichkeit, sondern ebenso die zwingende Kongruenz zwischen biologischen und sozialen Kategorien.
- 95 In einem Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Oktober 1974, ZZW 1975, 3 ff., wird ein psychiatrischer Gutachter zitiert: «Er bezeichnet die Gesuchstellerin, die er im Juni 1973 erstmals sah, äusserlich als viel eher männlich denn weiblich: `Eher schmales Gesicht mit grosser Nase, kurze Haare, eher tiefe Stimme, auffallend breiter Schultergürtel, flache Brust, eher grosse Hände, kräftiger Gang mit grossen Schritten´». Der Instruktionsrichter bestätigte diesen Eindruck: «Sie wirkt heute ausgesprochen männlich; niemand hält sie für eine Frau». Dass es dabei nicht nur um die äusseren Geschlechtsmerkmale, sondern in erster Linie um die Erfüllung von Geschlechtsrollenerwartungen geht, zeigt die darauf folgende Ergänzung: «[...] zeigt es sich auch, dass schon während der Ehe die männlichen Charakterzüge bei der Gesuchstellerin überwogen; der Haushaltführung oblag sie nur widerwillig; eine eigentliche Mutterliebe fehlte ihr, dagegen leitete sie zusammen mit ihrem Ehemann ein Architekturbüro und `stellte dabei ihren Mann´».
- 96 Vgl. Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, SJZ 1997, 443.
- 97 Gildemeister / Wetterer, 209; vgl. auch Holzleithner, 129.
- 98 Vgl. auch Holzleithner, 129 f.
- 99 Vgl. Holzleithner, 131 ff.
- 100 Vgl. Platt, 58, die fragt, ob und wie es der feministischen Theorie gelingen kann, auf eine Bezugnahme auf den Körper zu verzichten, um der Biologismus-Falle zu entgehen.
- 101 Vgl. Platt, 59.
- 102 MacKinnon, 4.
- 103 Bahr-Jendges meint: «Im feministischen Rechtsdiskurs ist deshalb die Kategorie des Geschlechts (als Zusammenhang von sex und gender) notwendig. Das weibliche Geschlecht und das Konzept weiblichen Lebenszusammenhangs sind für uns grundlegend. Das «Private» verlässt die Dunkelkammer, seine Bilder werden Gestalt. Dieser feministische Diskurs ist in Jurisprudenz wie Justiz hineinzutragen [...]. Weibliche Geschlechtskategorien setzen positive Werte, Werte von Würde, Integrität, Selbstverwirklichung, in der Gestaltung von Grundsatzbedürfnissen von Frauen in Lebens- und Arbeitswelt und setzen patriarchalen Werte und Normen eigene Werte und Normen entgegen. Diese eigenen Normen sind notwendig verknüpft mit allen individuellen weiblichen Erfahrungen, die im Alltag erforscht werden, woraus dann wiederum Regeln gesetzt werden.» Bahr-Jendges, 107.
- 104 Vgl. Maihofer, 82.
- 105 Vgl. Maihofer, 82.
- 106 Vgl. auch Baer, 155.
- 107 Baer, 156.
- 108 Baer, 164 f., meint dazu treffend: «Mittlerweile ist mehrfach betont worden, dass es sich bei der Gegenüberstellung

zwischen Gleichheit und Differenz um «die falsche Alternative im feministischen Diskurs» handelt [...]. In Hinsicht auf das Recht bleibt aber entscheidend, ob Gleichheit oder Freiheit primärer Bezugspunkt geschlechtssensibler Rechtspolitik in den Blick genommen wird. In jedem Rechts- und Lebensbereich stellt sich die Frage, ob Regelungen so konzipiert werden sollten, dass sie Geschlechterverhältnisse ausblenden – eine Position, die sich an Autonomie und Freiheit oder an Gleichheit im Sinne eines Differenzierungsverbotes orientiert –, oder so, dass Geschlechterdifferenz geregelt wird – eine Position, die auf Gleichheit als Differenzierungsgebot gerichtet ist, oder ob Recht so aussehen soll, dass es typisch geschlechtsspezifische Rollenzuweisungen berücksichtigt, aber demontiert – eine Position, die Gleichheit als Dominierungsverbot versteht [...], oder Geschlecht berücksichtigt, aber als Modus der Hierarchisierung auf Kosten von Frauen dekonstruiert [...].»

109 Vgl. auch Helbling, 76.

110 Vgl. auch Platt, 57.

111 Vgl. Mejer, 1377.

112 In diesem Zusammenhang ist die Forderung nach einer angemessenen Vertretung der Frauen in den Gerichten von Bedeutung.

113 Vgl. auch Kägi-Diener, 380.

114 Vgl. auch Baer, 159.

115 In vielen Bereichen allerdings würde das Dilemma entschärft, wenn an Stelle der Anknüpfung an das Geschlecht die Tätigkeit als Referenzpunkt treten würde, zum Beispiel die Leistung von unbezahlter Arbeit.